الدكتور
عبد الرزاق أحمد السنهوري بك
المحامي لدى محكمة النقض

وصية غير المسلم

لا تجوز إلا فى الثلث
ولغير وارث

دفاع عن حكم محكمة النقض والإبرام
الصادر فى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤

محكمة النقض والابرام

الدائرة المدنيـة

مذكرة بأقوال

بولس أفندى داود وآخرين — مطعون ضدهم

ضد

بشير أفندى سليمان بصفته وصى خصومة على قصر المرحوم الخواجة داود يوسف — طاعن

فى الطعن رقم ٦١ سنة ١٠ قضائية

مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر
١٩٤٢



وصية غير المسلم

لا تجوز إلا فى الثلث

ولغير وارث

دفاع عن حكم محكمة النقض والإبرام
الصادر فى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤

محكمة النقض والابرام

الدائرة المدنيـــة

مذكرة بأقوال

بولس أفندى داود وآخرين مطعون ضدهم

ضد

بشير أفندى سليمان بصفته وصى خصومة على قصر المرحوم الخواجة داود يوسف طاعن

فى الطعن رقم ٦١ سنة ١٠ قضائية

الفهرس

صفحة

الباب الاول

أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية للذميين وبخاصة فى الوصية

الباب الثانى
التشريعات العثمانية
الخاصة بالطوائف غير الاسلامية

(١)
من الفتح العثمانى الى الخط الهمايونى

صفحة

(٢)
الخط الهمايونى
ولائحة تركات الميسويين

(٣)

التحريرات السامية

صفحة

الباب الثالث

التشريعات المصرية التى تنظم القضاء الملى

(١)

التشريعات العامة

أولا — التشريع المختلط

صفحة

ثانيا — التشريع الأهلى

ثالثا — تشريعات سنة ١٩٣٧ (تشريعات مونتريه)

(٢)

التشريعات المصرية

الخاصة بالطوائف غير الإسلامية

(٣)

الحالة الراهنة للقانون المصرى

فيما يتعلق باختصاص القضاء الملى فى مسائل الوصية

صفحة

الباب الرابع

أحكام القضاء المصرى

فى مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين

(١)

أحكام القضاء الأهلى

(٢)

أحكام القضاء الشرعى

(٣)

أحكام القضاء المختلط

(٤)

حكم محكمة النقض

الصادر فى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤

أولا — الأسباب الرئيسية التى بنى عليها الحكم

ثانياً — الأسباب العرضية

الباب الخامس

شرط اتحاد الملة

فى اختصاص القضاء الملى

صفحة

(١)

التشريع والقضاء والفقه

فى وجوب اتحاد الملة

أولا — التشريع

ثانياً — القضاء

ثالثاً — الفقه

الرد على مذكرة الأستاذ صليب سامى باشا

فى شأن اتحاد الملة

(٣)

اختلاف ملة الخصوم

فى القضية المنظورة

تمهيد

لا نقصد فى هـذه المذكرة تعقب أوجه الطعن التى قدمها الطاعنون فى هذه القضية ، والرد عليها وجهاً وجهاً . ولا نتولى بسط وقائع القضية . فقد أغنانا عن كل ذلك المذكرة الأولى التى قدمها المطعون ضده .

وإنما يتمحض بحثنا للقانون ، فنتفرغ لعلاج مسألة ذات خطر كبير ، هى وصية غير المسلم ، وخضوعها لأحكام الشريعة الإسلامية ، سواء اختلفت ملة الخصوم أو اتحدت . فإن جميع أوجه الطعن تدور حول هذه المسألة .

وقد قدم الأستاذ الكبير صليب سامى باشا بحثاً مستفيضا فى هـذا الموضوع لا يجوز أن يبقى دون رد . فآثرنا فى الرد عليه أن نحيط بالموضوع من نواحيه المختلفة ، على أن يأتى ردنا على مذكرته فى المكان المناسب ، بعد أن يتسق للبحث ما ينبغى أن يكون له من وحدة متماسكة وترتيب منطقى . فإن وقع تكرار ، فعذرنا فيه حرصنا على أن يجئ البحث كاملا مستوفى .

ولا نعتذر عن الإطالة ، فإن الموضوع جد خطير . وقد قال القضاء الأعلى كلمته فى وصية غير المسلم ، إذ أخضعها لأحكام الشريعة الإسلامية . وكانت كلمة صاحبها التوفيق ، واستقر عليها القضاء ، بل كانت هى التى وحدت القانون للمصريين جميعاً فى مسألة خطيرة من مسائل الأحوال الشخصية .

والآن يطلب خصومنا إلى المحكمة العليا أن تعيد النظر فيما سبق أن

قررته واعتبرته جزءاً جوهريا من سياستها فى القضاء ، فوجبت العناية بدراسة الموضوع حتى يستوفى حظه من البحث والتنقيب .

وقد حرصنا على إيراد الكثير من النصوص القانونية كاملة لما لها من قيمة تاريخية كبيرة . وعنينا بوجه خاص أن نحلل هذه النصوص فى ناحيتها القانونية أكثر من متابعتها فى ناحيتها التاريخية .

وعالجنا الموضوع فى أبواب خمسة ، استعرضنا فيها :

(أولا) أحكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية للذميين ، وبخاصة فى الوصية .

(ثانيا) التشريعات العثمانية الخاصة بالطوائف غير الإسلامية .

(ثالثا) التشريعات المصرية التى تنظم القضاء الملى .

(رابعا) القضاء المصرى فى الأحوال الشخصية لغير المسلمين .

(خامسا) شرط اتحاد الملة فى اختصاص القضاء الملى .



الباب الأول

الباب الأول

أحكام الشريعة الاسلامية

فى الأحوال الشخصية للذميين

وبخاصة فى الوصية

١ — نعقد هذا البحث لضرورته فى تفهم ما انتهى إليه تطور التشريعات العثمانية والمصرية فى هذه المسألة الهامة . ذلك أن هناك خطأ شائعاً بشأن التزام الذميين لأحكام الإسلام ، فيظن كثير من الكتاب أن الشريعة الإسلامية قانون شخصى ، فلا يطبق إلا على المسلمين . وأن الذميين فى دار الإسلام قد تركوا وما يدينون ، لا فى معتقداتهم الدينية وعباداتهم وحدها ، بل فيها وفى معاملاتهم المدنية .

ويذهب الأستاذ الكبير صليب سامى باشا هذا المذهب ، فيصدر مذكرته بالعبارة الآتية : « الشريعة الإسلامية ، التى وصفت بالشريعة السمحاء حقاً ، تقضى فى موضوعنا بأمرين : الأول — أن القاضى المسلم غير مختص بنظر قضايا الأحوال الشخصية لغير المسلمين — وبخاصة قضايا المواريث — إلا إذا تراضوا على قضائه ، وفى حالة تراضيهم ، يفصل القاضى المسلم فى قضايا غير المسلمين على مقتضى حكم الشريعة الإسلامية . الثانى — عند عدم التراضى يفصل فى قضايا غير المسلمين قاضيهم الملى ، ويحكم بينهم على مقتضى حكم

دينهم » . ثم يقول الأستاذ صليب باشا بعد ذلك : « وجميع فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبهم متفقون على ذلك . فلسنا فى حاجة إلى الاستشهاد بمراجع الفقه المطولة » .

والواقع من الأمر أن فقهاء الشريعة الإسلامية أبعد ما يكونون عن الإتفاق على هذا الأمر ، بل هم يكادون يكونون متفقين على العكس . ونحن فى أشد الحاجة للرجوع إلى مراجع الفقه المطولة حتى نصحح هذا الخطأ الشائع ، الذى وقع فيه حتى صاحب كتاب مرشد الحيران ، ونقل عنه كتاب من الأجانب لم تواتهم الفرصة فيدرسوا الفقه الإسلامى دراسة أعمق . فنرى الأستاذ دى روزاس يقول فى مؤلفه « نظام الامتيازات فى الإمبراطورية العثمانية . باريس سنة ١٩١١ جزء أول ص ١٩ » عن الشريعة الإسلامية : « أن هذا القانون الدينى هو بالضرورة قانون شخصى ، وقد وضع للمسلمين ، وللمسلمين وحدهم » .

ويدعم بعض الكتاب هذا المذهب الخاطئ بنظرة خاطئة مثله . فيقولون أن الإسلام ، إذ ضمن حرية الدين للذميين فتركهم وما يدينون ، جاوز الدين إلى المعاملات المدنية ، فترك الذميين إلى قضائهم الدينى يترافعون إليه فى جميع هذه المعاملات ، ولا يختص القضاء الأسلامى بأقضيتهم إلا إذا تراضوا هم على ذلك (انظر إرمانچون فى مؤلفه « الأجانب والمحميون فى الإمبراطورية العثمانية » باريس سنة ١٩٠٣ جزء أول ص ٩ — ص ١١ — لامبا ، « تطور الحالة القانونية للأوروبيين فى مصر باريس سنة ١٨٩٦ ص ٨ — ص ٩) .

وتابع الكتابَ الأجانب بعض الكتاب المصريين فى هذا الخطأ :

(انظر عمر لطفى فى الامتيازات — القاهرة سنة ١٣٢٢ ص ١٣ وما بعدها — سيزوستريس فى البطركخانات — باريس سنة ١٩٠٦ ص ٢٧١ — بهى الدين بركات فى الامتيازات والإعفاءات التى يتمتع بها الأجانب فى مصر . — باريس سنة ١٩١٣ ص ٨٠٢).

هذا النظر الخاطئ هو الذى تقضى الضرورة علينا بتصحيحه فى هذه المذكرة لخطورته ولأهميته الكبرى فى هذه القضية . فإن هذا التصحيح يتوقف عليه ، كما قدمنا ، تفهم النظم القانونية التى أعقبت تطبيق الفقه الإسلامى فى الدولة العثمانية تفهماً صحيحاً ، فنتبين مداها ، والغرض الذى توخاه واضعوها من سنها ، لما لذلك من تأثير كبير فى النظم القانونية التى وضعت بعد ذلك للطوائف غير الإسلامية فى مصر .

٢ — الإسلام دين ودولة . هذه حقيقة تغيب عن بعض الباحثين ، فيعتقدون أن الإسلام ليس إلا ديناً منزلا . ويدفعهم إلى هذا الخطأ تقريب خاطئ ما بين الإسلام والمسيحية . فالمسيحية أعطت ما لله لله ، وما لقيصر لقيصر ، ويظنون أن الاسلام كالمسيحية فى ذلك . ولكن الاسلام يختلف عن المسيحية اختلافاً جوهريا ، فقد جمع ما لله وما لقيصر ، وخص المسلمين بما لله ، وجعل ما لقيصر عاما واجب التطبيق على الكافة ، مسلمين وغير مسلمين .

وفقهاء المسلمين يميزون ، حتى بالنسبة للمسلمين أنفسهم ، بين ما هو واجب ديانة وما هو واجب قضاء . فالكف عن البيع وقت صلاة الجمعة واجب ديانة لقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة ،

فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » . ولكن إذا انعقد البيع صحيحاً وقت صلاة الجمعة ، فهو بيع تام ملزم للمتعاقدين قضاء ، ولا يجوز الطعن فيه بالبطلان .

والأصل فى أحكام الشريعة أنها خطاب لجميع الناس ، مسلمين وغير مسلمين . فهى إذن أحكام إقليمية ، إذ هى واجبة التطبيق فى دار الإسلام على جميع المقيمين فيها من مسلمين وذميين ، بل إن أعظم المذاهب الإسلامية شأناً وأوسعها انتشاراً — وهو مذهب الحنفية — يطبق أحكام الشريعة الإسلامية فى دار الإسلام حتى على المستأمنين .

والواجب التطبيق من أحكام الشريعة الاسلامية على جميع المقيمين فى دار الإسلام هى كل أحكام المعاملات ، لا فرق فى ذلك بين أحوال عينية وأحوال شخصية . فإن هذا التفريق لا يعرفه الفقه الإسلامى ، وهو دخيل عليه ، استحدثه الكتاب فى هذا العصر متأثرين فى ذلك بالنظم الأوروبية التى دخلت مصر حديثاً . فأحكام المعاملات جميعاً ، سواء ما تعلق منها بالمال والعقود ، وما تعلق بالمواريث والوصايا ، وما تعلق بالأهلية والحجر ، وما تعلق بالأنكحة والنفقات ، يجب تطبيقها — عدا استثناءات طفيفة سيأتى ذكرها — على كل المقيمين فى دار الإسلام من مسلمين وغير مسلمين . بل كان الواجب تطبيقها فى دار الحرب لولا التعذر لعدم الولاية .

ولا نلقى القول على عواهنه . بل نستقيه من أمهات المصادر الإسلامية ، ونرجع فيه إلى مطولات كتب الفقه والأصول الصحيحة المعتمدة .

فهذه مذاهب الحنفيـة والشافعية والحنابلة مجمعة على أن أهل الذمة مخاطبون بأحكام الإسلام فى غير العقائد والعبادات . فيلتزمون أحكام المعاملات ، ويترافعون إلى القضاء الإسلامى فيها إجبارا . وهو قضاء ملزم لهم . وفى مسائل قليلة — هى الزواج ونفى المهر وتقوم الخمر والخنزير — تتصل بالعقيدة والدين ، يتركون وما يدينون . ولكن ، حتى فى هذه المسائل ، يترافعون إلى القضاء الإسلامى فيحكم بينهم بأحكام دينهم ، ألا إذا تراضوا جميعا على التحاكم إلى أهل ملتهم ، وهذا تحكيم مباح للمسلمين وغير المسلمين .

ولم يشذ عن هذا الإجماع إلا مالك . فقد قال أن أحكام الإسلام وقضاءه اختيارى لغير المسلمين ، يترافعون إليه إذا تراضوا عليه ، كما جاء فى المدونة الكبرى ، وسنناقش هذا فى موضعه .

٣ — وننتقل الآن إلى ما اعتمدنا عليه من النصوص فى تقرير ماقدمناه .

جاء فى أمهات كتب الأصول أن غير المسلمين مخاطبون بالمعاملات وبالمشروع من العقوبات . فمن ذلك ما جاء فى كشف الأسرار (جزء ٤ ص ١٣٦٢ — ص ١٣٦٣) : « من كان أهلا لحكم الوجوب ، وهو المطالبة بالأداء ، كان أهلا لنفس الوجوب . ولهذا كان ' الذمى ' أهلا ، سواء لأحكام لا يراد بها وجه الله تعالى ، مثل المعاملات والعقوبات من الحدود والقصاص ، لأنه أهل لأدائها ، إذ المطلوب من المعاملات مصالح الدنيا » وجاء فى الأحكام فى أصول الأحكام لابن حزم (مطبعة الخانجى سنة ١٣٤٧ هـ جزء ٥ ص ١٠٨ — ص ١٠٩) فى هذا الصدد ما يأتى : « . . . وقال عز وجل : الذين يتبعون

الرسول النبي الأمي الذي يجدونه مكتوبا عندهم في التوراة والإنجيل ، يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ، ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ... وقال : وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيرا . وأمره تعالى أن يقول : يأيها الناس أني رسول الله إليكم جميعا . هو نص جلي على لزوم شرائع الإسلام كلها للذميين لزوما للمؤمنين ، إلا أن منها ما لا يقبل منهم إلا بعد الإسلام ، كالصلاة والصيام والحج ... وقال تعالى : وأن أحكم بينهم بما أنزل الله . وروينا عن ابن عباس بسند جيد أن هذه الآية ناسخة لقوله تعالى : فاحكم بينهم أو أعرض عنهم . وإذ قد صح كل هذا بيقين ، فواجب أن يحدوا على الخمر والزنا . . . . . . ويلزمون من الأحكام كلها — في النكاح والمواريث والبيوع والحدود كلها وسائر الأحكام — مثل ما يلزم المسلمين ولا فرق . ولا يجوز غير هذا) . ثم قسم ابن حزم بعد ذلك الشريعة إلى أقسام مختلفة فقال : (وأما وقت لزوم الشريعة فانها تنقسم قسمين : شريعة تعتقد ويلفظ بها ، وشريعة تعمل . وتنقسم هذه الشريعة قسمين : قسم في المال وقسم على الأبدان . فأما شريعة الأموال فهي لازمة لكل صغير وكبير وجاهل بها وعارف ومجنون وعاقل ، لدلائل من النص وردت على العموم في الزكاة والإجماع على وجوب النفقات عليهم . وأما شرائع الأبدان والاعتقاد فإنها تجب بوجهين : أحدهما البلوغ مبلغ الرجال والنساء ، وهو البلوغ المخرج عن حد الصبا ، والثاني بلوغ الشريعة إلى المرء . وأما الحدود فإنها تلزم من عرف أن الذي فعل حرام ، وسواء علم أن فيه حدا أم لا ،

وهذا مالا خلاف فيه . وأما من لم يعرف أن ما عمل حرام فلا حد عليه فيه »
(جزء ٥ ص ١١٧) . أنظر أيضا شرح المنار وحواشيه ص ٢٥٤ — التوضيح
والتلويح ص ٤٠٤ .

وهذا الذى نراه فى كتب الأصول نقرأه فى كتب الفروع جليا واضحا .
قال صاحب البدائع (جزء ٢ ص ٣١١) ، وهو يعرض للأصل فى الشريعة
الإسلامية ، فيقول أن هذا الأصل « هو العموم فى حق الناس كافة ، إلا أنه
تعذر تنفيذها فى دار الحرب لعدم الولاية ، وأمكن فى دار الإسلام فلزم
التنفيذ فيها » . وجاء فى المبسوط (جزء ٥ ص ٢٨) : « إن النبى صلى الله عليه
وسلم قال بعثت إلى الأحمر والأسود ، وخطاب الواحد خطاب الجماعة » .
وجاء فى ابن عابدين (جزء ٣ ص ٢٩٩) : « لهم مالنا من الأنصاف ، وعليهم
ماعلينا من الانتصاف . فخرجت العبادات إذ "الذميون" لايخاطبون بها عندنا »
وجاء فى الأشباه والنظائر (ص ١٧٨ — ص ١٧٩) : « أحكام الذمى :
حكمه حكم المسلمين إلا أنه لا يؤمر بالعبادات » .

وليس هذا هو قول الحنفية وحدهم ، بل هو أيضا القول الراجح عند
الشافعية والحنابلة . كما دل عليه ما نقلناه عن ابن حزم . وكما يدل عليه ما ننقله
الآن عن المغنى لابن قدامة (مطبعة المنار سنة ١٣٤٧ جزء ٦ ص ١٩٨ —
ص ٢٠٠) : « وإذا تحاكم إلينا أهل الذمة حكمنا عليهم بحكم الله تعالى علينا .
وجملة ذلك أنه إذا تحاكم إلينا أهل الذمة أو استعدى بعضهم على بعض ،
فالحاكم مخير بين أحضارهم والحكم بينهم وبين تركهم ، سواء كانوا من أهل

دين واحد أو من أهل أديان . هـذا المنصوص عن أحمد وهو قول النخعي وأحد قولى الشافعي . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى إنه يجب الحكم بينهم وهذا القول الثاني للشافعي واختيار المزني ، لقول الله تعالى (وأن أحكم بينهم بما أنزل الله) ، ولأنه يلزم دفع من قصد واحدا منهما بغير حق فلزمه الحكم بينهما كالمسلمين . . . فانه إذا حكم بينهم لم يجز له الحكم إلا بحكم الإسلام ... ومن امتنع منهما أجبره على قبول حكمه وأخذه به لأنه إنما دخل فى العهد بشرط التزام أحكام الإسلام ... »

ويتبين مما نقلناه عن المغنى أمران :

(١) أن الشافعي وأحمد لا يشترطان ترافع الذميين إلى القضاء الإسلامي، بل يكفى استعداء بعضهم على بعض . ويقولان فى رواية أن الحاكم مخير بين أحضارهم والحكم بينهم وبين تركهم . ويقولان فى رواية أخرى بل يجب الحكم بينهم . ومن امتنع من الخصمين، فى الروايتين ، أجبره الحاكم على قبول حكمه وأخذه به . والرواية الثانية تتفق مع مذهب الحنفية اتفاقا تاما .

(٢) إن تعليل أخذ الذميين بأحكام الإسلام أنهم دخلوا فى العهد على هذا الشرط . أى أن عقد الذمة هو الذى يلزمهم هذه الأحكام . وسنرى فيما يلى مبلغ هذا التعليل من الصحة .

وعقد الذمة هذا هو ما يسميه الفقهاء بالأمان المؤبد . وله أحكام منها عصمة النفس وعصمة المال . وعن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال : إنما قبلوا عقد الذمة لتكون أموالهم كأموالنا ودماؤهم كدمائنا (البدائع جزء ٧

ص ١١١) . ويترك أهل الذمة فى أمصار المسلمين يبيعون ويشترون ، لأن عقد الذمة شرع ليكون وسيلة إلى الإسلام ، وتمكينهم من المقام فى أمصار المسلمين أبلغ إلى هذا المقصود . وفيه أيضا منفعة المسلمين بالبيع والشراء فيمكنون من ذلك (البدائع جزء ٧ ص ١١٣) .

ويستخلص مما تقدم عن عقد الذمة أن المقصود بهذا العقد تمكين الذميين من المقام فى أمصار المسلمين رجاء أسلامهم ، وتنظيما للصلات التجارية بينهم وبين المسلمين . ولا يصح نقض هذا العهد من جانب المسلمين ، بل تجب به الحماية للذميين فى أموالهم ودمائهم ، والرعاية لمصالحهم ، والرفق بهم ، والتفقد لهم ، حتى لا يظلموا ولا يؤذوا ولا يكلفوا فوق طاقتهم . فهو عهد يرتب للذميين حقوقاً فى مقابل جزية يدفعونها . ونرى جانب الحقوق هذا هو الذى يؤكده الفقهاء ، فيقول أبو يوسف فى كتاب الخراج (المطبعة السلفية — القاهرة سنة ١٣٤٦ هـ ص ١٤٩) مخاطباً الخليفة هرون الرشيد : « وقد ينبغى يا أمير المؤمنين أيدك الله أن تتقدم فى الرفق بأهل ذمة نبيك ، وابن عمك محمد صلى الله عليه وسلم ، والتفقد لهم حتى لا يظلموا ، ولا يؤذوا ولا يكلفوا فوق طاقتهم ، ولا يؤخذ شىء من أموالهم إلا بحق يجب عليهم . فقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : من ظلم معاهداً أو كلفه فوق طاقته فأنا حجيجه ، وكان فيما تكلم به عمر بن الخطاب رضى الله عنه عند وفاته : « أوصى الخليفة من بعدى بذمة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يوفى لهم بعهدهم ، وأن يقاتل من ورائهم ، ولا يكلفوا فوق طاقتهم » .

فعقد الذمة إذن يؤكد جانب حقوق الذميين . إما التزامهم أحكام

الإسلام فلا يأتى من عقد الذمة ، بل يأتى من عموم ولاية المسلمين فى دار الإسلام . فالمسلمين ولاية عامة فى دارهم تجعل أحكام الإسلام ملزمة لكل من يقيم فيها . لذلك لا تفرق الحنفية بين الذمى والمستأمن من حيث التزامهما أحكام المعاملات والعقوبات ، وقد ورد فى كتاب الخراج لأبى يوسف (ص ٢٢٤ — ص ٢٢٥) فى هذا الصدد ما يأتى : « ولا ينبغى أن يبايع الرسول ولا الداخل معه بأمان بشىء من الخمر والخنزير ولا بالربا وما أشبه ذلك ، لأن حكمه حكم الإسلام وأهله ، ولا يحل أن يباع فى دار الإسلام ما حرم الله تعالى ، ولو أن هذا الداخل إلينا بأمان أو الرسول زنى أو سرق ، فإن بعض فقهائنا قال لا أقيم عليه الحد ، فإن كان استهلك المتاع فى السرقة ضمنته ، وقال إنه لم يدخل إلينا ليكون ذمياً تجرى عليه أحكامنا ، قال ولو قذف رجلا حددته ، وكذلك لو شتم رجلا عزرته ، لأن هذا حق من حقوق الناس ، وقال بعضهم أن سرق قطعته وأن زنى حددته ، وكان أحسن ما سمعنا فى ذلك والله أعلم أن نأخذه بالحدود كلها حتى تقام عليه ... وأن أقام هـذا المستأمن فأطال المقام أمر بالخروج ، فإن أقام بعد ذلك حولا ، وضعت عليه الجزية » ، وقد بلغ من تمسك الحنفية بانقياد المستأمن لأحكام الإسلام فى المعاملات أن قالوا : « لا يجوز للإمام أن يوادع أهل دار الحرب إذا اشترطوا ألاّ ينقادوا لأحكام الإسلام فيما يتعلق بالمعاملات » (المبسوط جزء ١٠ ص ٨٥ ص ٨٦) .

ولم يشذ عن إجماع الفقهاء فى وجوب التزام الذميين أحكام الإسلام إلا مالك فيما نقل عنه فى المدونة الكبرى ، ولم يستطع الأستاذ الكبير

صليب سامى باشا أن يورد فى مذكرته فى هذا المعنى إلا قول مالك هذا الذى يشذ به عن الأجماع . على أن ما ورد فى المدونة من هذا القول لا يفيد أكثر من أن أهل الذمة ، إذا كانوا من ملة واحدة ، وأرادوا أن يقسم ميراثهم على حكم دينهم ، فأنهم يتركون إلى ما أرادوا . يثبت ذلك تتمة ما جاء فى المدونة الكبرى فى هذا الصدد ، وهذا هو : « ... أن ناساً من المسلمين و نصارى من أهل الشام جاءوا عمر بن عبد العزيز فى ميراث بينهم ، فقسم بينهم على فرائض الإسلام ، وكتب إلى عامل بلادهم : إذا جاءوك فاقسم بينهم على فرائض الإسلام ، فإن أبوا فردهم إلى أهل دينهم (المدونة الكبرى جزء ٨ ص ٩٨) . أما إذا اختلفت ذمة المليين فلا توارث بينهم ، فقد جاء فى المدونة الكبرى (جزء ٨ ص ٩٧) حديث عن النبى عليه السلام أنه قال : « لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر ، ولا يتوارث أهل ملتين شيئاً » .

على أنه جاء فى المدونة الكبرى نفسها رأى يعارض رأى مالك ، ويذهب إلى أن التركة إذا أدركها الإسلام ، وجبت قسمتها على حكم الإسلام ، وهذا ما ورد فى المدونة (جزء ٨ ص ٩٩) :

« قال فقيل لمالك فإن مات نصرانى ورثته نصارى ، فأسلموا قبل أن يقسم ماله علام يقتسمون ، أعلى وراثة الإسلام أم على وراثة النصارى التى وجبت لهم يوم مات صاحبهم ، وإنما سألنا مالكا للحديث الذى جاء : أيما دار قسمت فى الجاهلية فهى على قسم الجاهلية . وأيما دار أدركها الإسلام ولم تقسم فهى على قسم الإسلام . (قال مالك) وإنما هذا الحديث لغير أهل الكتاب من

المجوس والزنج وغير ذلك ، وأما النصارى فهم على مواريثهم ، ولا ينقل الإسلام مواريثهم التى كانوا عليها . (قال سحنون) قال ابن نافع وغيره من كبراء المدينة هـذا « للذميين » كلهم ، أهل الكتاب وغيرهم . (قال ابن شهاب) بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ما كان من ميراث قسم فى الجاهلية فهو على قسم الجاهلية ، وما كان من ميراث أدركه الإسلام ولم يقسم فهو على قسم الإسلام » .

فأنت ترى أن سحنون — راوى المدونة — أورد رأيا لابن نافع وغيره من كبراء أهل المدينة يعارض به رأى مالك ، وأصحاب هذا الرأى المعارض يعتمدون على حديث للنبى عليه السلام يجعل كل ميراث أدركه الاسلام ولم يقسم ، فهو على قسم الإسلام ، أى أن أحكام الشريعة الإسلامية هى التى تسرى عليه . ولا يمنع من سريان هذه الأحكام إلا احترام الحقوق المكتسبة ، بأن يكون الميراث قد تم قسمه فى الجاهلية ، فيبقى على قسم الجاهلية . ويسرى هذا الحكم على جميع الذميين ، سواء كانوا من أهل الكتاب أو من غيرهم ، كما قال أبو نافع وغيره من كبراء أهل المدينة ، ومالك نفسه يطبق هذا الحكم على الذميين من غير أهل الكتاب .

يخلص إذن مما قدمناه أن الذميين يلتزمون أحكام الإسلام فى عقوباتهم وفى معاملاتهم ، بما فى ذلك أحوالهم الشخصية . ولا يشترط تراضيهم على ذلك ، بل تكفى مرافعة أحد الخصمين ، ويكفى علم القاضى وشهادة الحسبة فيما لا يحتاج للمرافعة . ويلخص المرحوم الشيخ بخيت فى كتابه « إرشاد

الأمة » (ص ١٩) ذلك فيقول : « والحاصل أنه لا خلاف بين أئمتنا فيما لا يقرون عليه من الأحكام ، وأنهم فى ذلك كالمسلمين ، لا يشترط مرافعة الخصمين ورضاهما بأحكامنا فى ذلك . بل يكفى مرافعة أحدهما فيما يلزم فيه الدعوى ولا يقرون عليه . ويكفى علم القاضى وشهادة الحسبة فيما لا يحتاج للمرافعة من حقوق الله كالحدود ما عدا حد الشراب » .

وفى ذكر ما لا يقرون عليه من الأحكام إشارة إلى بعض مسائل استثنائية يقر الذميون فيها على أحكام دينهم ولا يلتزمون أحكام الإسلام ، وهذه هى الأنكحة وتقويم الخمر والخنزير . وفيما عدا هاتين المسألتين يستوى الذميون مع المسلمين فى وجوب إجراء أحكام الإسلام . وفى هذا يقول المرحوم الشيخ بخيت (إرشاد الأمة ص ٢٩ — ص ٣٠) : « فيما عدا الأنكحة ونفى المهر وتمليك الخنزير والخمر وتملكهما ، يسوى الكفار والمسلمون قاطبة فى الأحكام ، ويجب إجراء أحكام الإسلام كما وجب على المسلمين ، إلا أهل دار الحرب لانقطاع الولاية عليهم » .

ويتبين من ذلك أن الأحوال الشخصية للذميين تطبق فيها جميعاً أحكام الشريعة الإسلامية ، فيما عدا الأنكحة ، فيتركون فيها وما يدينون . على أننا سنرى أنه حتى فى الأنكحة يختلف الفقهاء فى كثير من مسائلها التفصيلية . ومهما يكن من أمر ، فإن ترك الذميين وما يدينون فى الأنكحة ، بما فيه من خلاف ، ليس معناه أن تخرج الأنكحة من ولاية القضاء الإسلامى . بل يختص هذا القضاء بالنظر فيها ، ولكن يحكم بدينهم على اعتبار أن الحكم

بدينهم هو ذاته حكم من أحكام الإسلام ، كما جاء فى البدائع (جزء ٢ ص ٣١١) رداً على زفر « وقوله أنهم بالذمة التزموا أحكام الإسلام فنعم ، لكن جواز أنكحتهم بغير شهود من أحكام الإسلام » . وهذا يماثل ما هو معروف فى قواعد القانون الدولى الخاص من أن القاضى إذا طبق هذه القواعد فإنما هو يطبق قانون بلده ، لأنها جزء من هذا القانون . (انظر فى هذا المعنى رسالة قيمة للدكتور حسن بغدادى فى التميز ما بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية ، فى الترجمة العربية ص ١٤٤ — ص ١٤٥ . وسنعود إلى هذه الرساله فى مواضع أخرى) .

ولا ترتفع ولاية القضاء الإسلامى عند الذميين ، حتى فى الأنكحة ، ما دام أحد الخصمين استعدى هذا القضاء على خصمه . أما إذا تراضوا جميعاً على قضاء دينهم ، فهذا هو التحكيم . وهو جائز للذميين جوازه للمسلمين . ولا يعتبر هذا قضاء بل تحكيما ، كما قدمنا .

والأصل فى ذلك أن القضاء بمعناه الصحيح لا يليه فى الشرع إلا المسلم . فلا يجوز تقليد الذمى القضاء حتى على ذمى مثله . وإذا حكم الذمى فى أقضية الذميين ، فإنما يكون هذا تحكيما . فهو تقليد زعامة ورئاسة ، وليس بتقليد حكم وقضاء . ويلزم الذميين حكمه لالتزامهم له لا للزومه لهم . وفى هذا يقول الماوردى فى الأحكام السلطانية (المطبعة المحمودية ص ٦٢) وهو يعدد شروط القاضى ، « والشرط الرابع الإسلام ، لكونه شرطاً فى جواز الشهادة مع قول الله سبحانه : ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ، ولا يجوز أن

يقلد الكافر القضاء على المسلمين ولا على الكفار. وقال أبو حنيفة يجوز تقليده القضاء بين أهل دينه. وهذا وإن كان عرف الولاة بتقليده جاريا، فهو تقليد زعامة ورئاسة وليس بتقليد حكم وقضاء. وإنما يلزمهم حكمه لالتزامهم له، لا للزومه لهم. ولا يقبل الإمام قوله فيما حكم به بينهم. وإذا امتنعوا من تحاكمهم إليه لم يجبروا عليه، وكان حكم الإسلام عليهم أنفذ».

* * *

٤ — هذه هى أحكام الشريعة الإسلامية، استقيناها من مصادرها الصحيحة المعتمد عليها، ويتبين منها بجلاء أن الذميين يلتزمون أحكام الإسلام فى أحوالهم الشخصية، ويخضعون لاختصاص القضاء الإسلامى فى هذه المسائل.

ويبقى الآن أن نورد بعض التطبيقات الفرعية على هذه الأصول الكلية. ونختار مسألتين:

الأولى: أنكحة الذميين لنتبين ما ورد فيها من خلاف بين الأئمة.

والثانية: وصايا الذميين إذ هى موضوع قضيتنا بالذات.

٥ — ففيما يتعلق بأنكحة الذميين جاء فى المبسوط (جزء ٥ ص ٤٠):

« إن كل نكاح يجوز فيما بين المسلمين فهو جائز فيما بين أهل الذمة لأنهم يعتقدون جوازه، ونحن نعتقد ذلك فى حقهم أيضا ... فأما ما لا يجوز بين المسلمين فهو أنواع. منها النكاح بغير شهود، فإنه جائز بين أهل الذمة يقرون عليه إذا أسلموا عندنا، وقال زفر رحمه الله تعالى لا يتعرض لهم فى ذلك

إلا أن يسلموا أو يترافعوا إلينا فحينئذ يفرق القاضى بينهم ... فأما إذا تزوج ذمية فى عدة ذمى جاز النكاح فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى حتى لا يفرق بينهما وإن أسلما أو ترافعا ، وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يفرق لأن النكاح فى العدة مجمع على بطلانه فيما بين المسلمين فكان باطلا فى حقهم أيضا ، ولكن لا نتعرض لهم لمكان عقد الذمة ، فإذا ترافعوا أو أسلموا وجب الحكم فيهم بما هو حكم الإسلام كما فى نكاح المحارم ... فأما إذا تزوج ذات رحم محرم منه من أم أو بنت أو أخت ، فإنه لا يتعرض له فى ذلك وأن علمه القاضى ما لم يترافعوا إليه ، الا فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الآخر . ذكر فى كتاب الطلاق أنه يفرق بينهما إذا علم بذلك » .

ويتبين مما نقلناه عن المبسوط أن الفقهاء غير مجمعين على ترك الذميين وما يدينون فى أحكام الزواج نفسه ، فقد استعرض صاحب المبسوط أمثلة ثلاثة تتدرج فى خطرها : زواج الذميين بغير شهود ، وزواجهم فى العدة ، وزواجهم بالمحارم . فأما الزواج بغير شهود فهو أهون الحالات الثلاث ، ولذلك أجمع أبو حنيفة وصاحباه على ترك الذميين وما يدينون فى ذلك حتى لو أسلموا أو ترافعوا ، وخالف زفر وذهب إلى تطبيق أحكام الشرع عند الإسلام أو الترافع . وأما الزواج فى العدة ، وهو درجة وسطى ، فقد اختلف فيه أبو حنيفة مع صاحبيه ، فأبو حنيفة ثبت على رأيه الأول من ترك الذميين وما يدينون فى ذلك حتى لو أسلموا أو ترافعوا ، أما الصاحبان فذهبا إلى ترك الذميين وما يدينون الا عند الإسلام أو الترافع . وأما الزواج بالمحارم ، وهو أشد الحالات الثلاث ، فقد اتفق أبو حنيفة وصاحباه على ترك الذميين

وما يدينون فى ذلك إلا عند الإسلام أو الترافع ، وفى قول آخر لأبى يوسف أن القاضى يفرق ما بين الزوجين إذا علم .

وجاء فى المغنى لابن قدامة (جزء ٦ ص ٥٦١ — ص ٥٦٣) : « وأنكحة الذميين تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والايلاء ووجوب المهر والقسم والاباحة للزوج الأول والأحصان وغير ذلك ...... ويحرم عليهم فى النكاح ما يحرم على المسلمين على ما ذكرنا فى الباب قبله . ألا إنهم يقرون على الأنكحة المحرمة بشرطين ، أحدهما ألّا يترافعوا إلينا ، والثانى أن يعتقدوا اباحة ذلك فى دينهم » . والمغنى من كتب الحنابلة ، وهو لا يفصل كما تفصل الحنفية (أنظر أيضا فى تفصيل الحنفية البدائع جزء ٢ ص ٣١٠ — ص ٣١٢) .

والأنكحة وحدها هى التى يرد فيها هذا الخلاف كما قدمنا أما سائر المسائل فى الأحوال الشخصية فلا خلاف فيها ، والاجماع منعقد على التزام الذميين لأحكام الإسلام وقضائه .

٦ — وننتقل الآن إلى الوصية بالذات ، وهى موضوع قضيتنا ، لنرى ماذا تقول الفقهاء فى وصية غير المسلم ، وهل تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية .

قال قاضى زادة فى تكملة فتح القدير (جزء ٨ ص ٤٨٨) فى وصية الذمى : « ولو أوصى الذمى بأكثر من الثلث أو لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين ، لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات » . وقال الكاسانى فى البدائع (جزء ٧ ص ٣٣٥) فى وصية المستأمن : « أن كان دخل

وارثه معه فى دار الإسلام ، وأوصى بأكثر من الثلث ، وقف ما زاد على الثلث على أجازة وارثه ، لأنه بالدخول مستأمنا التزم أحكام الإسلام ... ومن أحكام الإسلام أن الوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث تقف على أجازة الورثة . وإن لم يكن له وارث أصلا تصح من جميع المال كما فى المسلم والذمى . وكذلك إذا كان له وارث ولكنه فى دار الحرب لأن امتناع الزيادة على الثلث لحق الورثة ، وحقهم غير معصوم . وقال السرخسى فى المبسوط (جزء ٢٨ ص ٩٣ — ص ٩٤) : « ولا تجوز وصية الذمى بأكثر من الثلث ، لأن أهل الذمة التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات . فكما أن الوصية فيما زاد على الثلث والوصية لبعض الورثة لا تجوز من المسلم مراعاة لحق ورثته ، فكذلك لا تجوز من الذمى » . وجاء فى الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة المقدسى (جزء ٦ ص ٤٦٧) : « وحكم وصية الذمى حكم وصية المسلم فيما ذكرنا » .

فهذه كلها نصوص صريحة تتضافر على أن وصية غير المسلم ، من ذمى ومستأمن ، تخضع لأحكام الشريعة الاسلامية ، فلا تجوز إلا فى الثلث ولغير وارث .

بقى أن نبين حكم الشريعة فى الوصية بما هو قربة عند الذميين وليس قربة عند المسلمين ، كالوصية للكنائس والبيع والأديرة . فهذه تجوز عند أبى حنيفة ، ولا تجوز عند الصاحبين . والأولى بالاتباع فى هذه المسألة هو قول أبى حنيفة رعاية لحرية العقيدة . وننقل بعض ما ورد من النصوص فى هذا الموضوع .

جاء فى المبسوط (جزء ٢٨ ص ٩٤) : « ووصايا أهل الذمة على ثلاثة أوجه . منها أن يوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كالوصية بالصدقة والعتق والاسراج فى البيت المقدس ، فهذا يجب تنفيذه من ثلثه بالاتفاق كما يجب تنفيذه إذا كان الموصى مسلما فإنهم يتقربون إلى الله تعالى بذلك ... ووجه منها أن يوصى بما هو قربة عندنا معصية عندهم كالوصية بالحج والغزو إلى الروم إذا كان الموصى منهم ، فهذه الوصية تبطل لأنه لا يعتقد القربة فيه وإنما أمرنا أن نبنى الأحكام على ما يعتقدون ... ووجه منها أن يوصى بما هو قربة عندهم معصية عندنا ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله بمنزلة الوجه الأول يجب تنفيذها ، وعندهما بمنزلة الوجه الثانى لأنه ليس فى هذه الوصية معنى القربة حتى يقال إنها وقعت لله تعالى » . وجاء فى البدائع (جزء ٧ ص ٣٤١) : « ولو أوصى الذمى بثلث ماله للبيعة أو الكنيسة أن ينفق عليها فى إصلاحها ، أو أوصى لبيت النار ، أو أوصى بأن يذبح لعيدهم أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة ، جاز فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما لا يجوز . وجملة الكلام فى وصايا أهل الذمة أنها لا تخلو اما أن كان الموصى به أمرا هو قربة عندنا وعندهم ، أو كان أمرا هو قربة عندنا لا عندهم ، وأما ان كان أمرا هو قربة عندهم لا عندنا . فإن كان الموصى به شيئا هو قربة عندنا وعندهم بأن أوصى بثلث ماله أن يتصدق به على فقراء المسلمين أو على فقراء أهل الذمة أو بعتق الرقاب أو بعمارة المسجد الأقصى ونحو ذلك ، جاز فى قولهم جميعا لأن هذا مما يتقرب به المسلمون وأهل الذمة . وان كان شيئا هو قربة عندنا وليس

بقربة عندهم بأن يحج عنه أو أوصى أن يبنى مسجد للمسلمين ولم يبين ، لا يجوز فى قولهم جميعا لأنهم لا يتقربون به فيما بينهم فكان مستهزئا فى وصيته والوصية يبطلها الهزل . وان كان شيئا هو قربة عندهم لا عندنا بأن أوصى بأرض له تبنى بيعة أو كنيسة أو بيت نار أو بعمارة البيعة أو الكنيسة أو بيت النار أو بالذبح لعيدهم أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة ، فهو على الاختلاف الذى ذكرنا ، أن عند أبى حنيفة رحمه الله لا يجوز . وجه قولهما أن الوصية بهذه الأشياء وصية بما هو معصية والوصية بالمعاصى لا تصح . وجه قول أبى حنيفة رحمه الله أن المعتبر فى وصيتهم ما هو قربة عندهم لا ما هو قربة حقيقة لأنهم ليسوا من أهل القربة الحقيقية ، ولهذا لو أوصى بما هو قربة عندنا وليس بقربة عندهم لم تجز وصيته كالحج وبناء المسجد للمسلمين ، فدل أن المعتبر ما هو قربة عندهم وقد وجد ، ولكنا أمرنا ألا نتعرض لهم فيما يدينون كما لا نتعرض لهم فى عبادة الصليب وبيع الخمر والخنزير فيما بينهم » .

ويخلص من ذلك أن الصاحبين لا تجوز عندهما وصية الذمى إلا فى أمر هو قربة عند الذميين والمسلمين معاً . أما أبو حنيفة فتجوز عنده وصية الذمى فى أمر هو قربة عند الذميين ، سواء أكان قربة عند المسلمين أم لم يكن . ورأى أبى حنيفة هو الأولى بالأتباع كما قدمنا . وتتبين من هذا الرأى أن الناحية التى يترك فيها الذميون وما يدينون فى مسائل الوصايا هى الوصية بما هو قربة عند الذميين دون المسلمين لأنها مسألة عقيدة ودين . أما الوصية بالثلث ولغير وارث ، فهى مسألة تعامل ومال يجرى عليها حكم الإسلام كما يجرى على وصايا المسلمين .

الباب الثاني

الباب الثانى

التشريعات العثمانية

الخاصة بالطوائف غير الإسلامية

---

(١)

من الفتح العثمانى الى الخط الهمايونى

---

٧ — تبين مما تقدم أن الشريعة الإسلامية تقضى بأن يلتزم الذميون أحكام الاسلام فى أحوالهم الشخصية ، فيما عدا الأنكحة على خلاف فى التفصيلات ، وأن القضاء الإسلامى مختص اختصاصاً إجباريا بالنظر فى أقضية الذميين ، سواء تراضى الخصوم أو لم يتراضوا على الترافع إلى هذا القضاء . فإذا ترافع أحد الذميين إلى القضاء الاسلامى ، حتى فى مسائل الأنكحة نفسها ، أصبح هـذا القضاء مختصاً ، وطبق القاضى فى الخصومة أحكام الشريعة الاسلامية ، إلا فى الأنكحة فيقضى بينهم بما يدينون .

أما فى المواريث والوصية ، فلا نزاع فى أن القضاء الإسلامى هو المختص بأقضيتها ، تراضى الخصوم أو لم يتراضوا ، وأنه يجرى فيها أحكام الشريعة الإسلامية بلا استثناء ، فلا يجيز الوصية لوارث : ولا فيما يخرج من الثلث إلا بإجازة الورثة .

هذا هو حكم الشريعة الإسلامية الذى لا جدال فيه . وبقى هذا الحكم هو المعمول به فى جميع الأقطار الإسلامية ، بما فى ذلك مصر ، حتى قامت الدولة العثمانية ، ودخل محمد الفاتح القسطنطينية . فرأى من جهة أن مبدأ شخصية القوانين منتشر فى أوروبا ، ورأى من جهة أخرى قضاء الكنيسة باسطاً ظله على المسيحيين يتقاضون أمامه منذ العصور الوسطى . وكان لديه من الاعتبارات السياسية ما يدفعه إلى إقرار هذه الحالة ، فقد كان يخشى ، ورعاياه الجدد كلهم من الروم ، أن يصدمهم فى تقاليدهم القضائية ومعتقداتهم الدينية ، فتنضم كنيستهم الشرقية فى القسطنطينية إلى الكنيسة الغربية فى روما ، وينفض ما كان بين الكنيستين من نزاع متأصل . فرأى أن يحتضن رعاياه المسيحيين فى الشرق ويتحالف بذلك مع الكنيسة الشرقية ضد الكنيسة الغربية . فأقر بطرق الروم على ما كان له من سلطات قضائية على أتباعه من الروم فى جميع المسائل المدنية والجنائية . ثم فعل مثل ذلك مع بطرق الأرمن وربان اليهود .

لم يكن هذا الذى فعله محمد الفاتح متفقاً فى شىء مع الشريعة الإسلامية ، بل جاء على النقيض من أحكام هذه الشريعة . فقد رأينا أن الذميين وفقاً لهذه الأحكام يلتزمون أحكام الإسلام فى جميع مسائلهم المدنية والجنائية ، ويترافعون إلى القضاء الاسلامى . فليس صحيحاً إذن هذا الزعم الشائع بين كثير من الكتاب من أن محمداً الفاتح إنما فعل ذاك نزولا على حكم الاسلام . بل هى الاعتبارات السياسية التى دفعته إلى ما فعل ، مخالفاً فى ذلك أحكام الشريعة الاسلامية .

٨ — وقد بقيت الحال كذلك دهوراً طويلة ، أساء فى أثنائها رجال الدين استعمال ما خول لهم من سلطات قضائية واسعة ، فصاروا يستبدون بأتباعهم ، ويعتبرون القضاء أقطاعاً يقطعونه للأساقفة ، ويحللون ما حُرم ويحرمون ما حُلل من أجل المال (انظر فى ذلك أحمد صفوت بك فى قضاء الأحوال الشخصية للطوائف الملية ص ٦ — ص ٧ والمرجعين المذكورين فى هذا الكتاب :

Zohrab : Les Priviliges des Patriarcats; Revue de l'Egypte Comtemporaine t. XX p. 113.

De la Jonquière : Histoire de l'Empire Ottoman t. II p. 464.

هذا إلى أن سلاطين بنى عثمان زاد شعورهم بما انتقصوه من سلطانهم من جراء تخويل القضاء الملى هذه السلطات الواسعة ، فقد كانت كل طائفة مستقلة بأمورهم الدينية والقضائية والادارية ، حتى لتكاد تكون دولة قائمة بذاتها . وزاد فى مساوىء هذا النظام دسائس الدول الأجنبية وبسطها حمايتها على هذه الطوائف تتخذ منها ذريعة للتدخل فى شؤون الدولة العثمانية ، بعد أن دخلت هذه فى دور التفكك والانحلال .

وإلى هذا وذاك حركة القانون نحو الاقليمية فى التطبيق التى أخذت تشتد شيئاً فشيئاً ، وتعارض فى ذلك مبدأ شخصية التطبيق الذى كان منتشراً فى العصور السابقة . وإقليمية التطبيق فى القانون حركة تتفق مع مبدأ سلطان الدولة ، وهى تتفق كذلك مع مبادىء الشريعة الاسلامية التى سبق بسطها ،

فاعتناق هذا المبدأ إنما هو رجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية التى قررت المبدأ فى أوضح صورة منذ عصور طويلة .

٩ — كان من كل هذا أن دخلت الدولة العثمانية فى دور إصلاح عام لنظمها السياسية والادارية والقانونية والقضائية ، فأعلنت فى ٣ نوفمبر سنة ١٨٣٩ دستوراً قائماً على المبادئ الحديثة ، قرئ على ملأ من رجال التمثيل السياسى ورجال الدين وكبار المؤلفين فى جلخانة — وهى ميدان فسيح متصل بحديقة القصر الشاهانى — فأصبح معروفاً بخط جلخانة [1] .

وقد بدأ هـذا الدستور بالإشارة إلى ما كان من الدولة العثمانية « منذ مائة وخمسين سنة من عدم الانقياد إلى الشرع الشريف ... ولما كان من الأمور الواضحة عدم إمكان ثبات الممالك التى لا تكون أدارتها تحت قوانين شرعية ... لذلك نرى من اللازم المهم لأجل حسن إدارة ممالكنا المحروسة وضع بعض قوانين جديدة تتعلق موادها الأساسية بأمنية النفوس والمحافظة على الأموال والعرض والناموس وكيفية تعيين التكاليف وجمع العساكر المقتضية ومدة استخدامها . . . كذلك يلزم أن تنظر دعاوى أصحاب الجرائم بعد الآن علنا بوجه التدقيق بمقتضى القوانين الشرعية . . . ولكى تكون أهل الاسلام وباقى الملل الذين هم من تبعة سلطنتنا السنية نائلين مساعدتنا هذه الشاهانية بدون استثناء ، أعطيت من طرفنا الشاهانى الأمنية الكاملة

(١) (انظر نص هذا الخط كاملا فى جلاد ٥ ص٢٥٢ — ص٢٥٣ — ارستارشى جزء ٢ ص ٧ ص ١٤ — يونج جزء ١ ص ٢٩ — ص ٣٦) .

بمقتضى الحكم الشرعى لجميع أهالى ممالكنا المحروسة على نفوسهم وأعراضهم وناموسهم » .

ويتبين من ذلك أن خط جلخانة هذا إنما هو دستور يقرر المبادىء العامة فى الحرية وفى المساواة ما بين الرعايا طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، ويعد بوضع قوانين عادلة تنظم المسائل الادارية والعسكرية والقضائية فى الدولة العثمانية . فهو والخط الهمايونى الذى سيأتى ذكره حالا وثيقتان أساسيتان للحريات العامة ومبادئ المساواة المدنية والدينية والسياسية ما بين رعايا الدولة العثمانية . ويقول فيهما ارستارشى بك فى مقدمة كتابه المعروف (جزء أول صفحة V) :

"Ces deux chartes ont inauguré une époque de rénovation dans l'Empire par la consécration des principes poitiques, par la garantie des droits personnels, de l'égalité civile, religieuse, politique et par tant d'autres concessions libérales."

وأعقب خط جلخانة قوانين « التنظيمات » الموعود بها ، وهى قوانين إدارية وجنائية وتجارية متنوعة . ولكن الوثيقة التشريعية الكبرى التى أعقبت خط جلخانة ، وعرضت لنظام الطوائف غير الاسلامية فى كثير من التفصيل ، هى الخط الهمايونى الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٨٥٦ (١٠ جمادى الأخرى سنة ١٢٧٣) ، وهى الوثيقة التى نقف عندها طويلا ، إذ هى لا تزال حتى الآن دستورا للطوائف الملية فى مصر فيما لم يصدر فيه تشريع خاص .

(٢)

الخط الهمايونى

ولائحة تركات العيسويين

١٠ — أشار الخط الهمايونى إلى ما سبق تقريره من المبادئ فى خط جلخانة والى « التنظيمات » التشريعية التى أعقبته فقال :

« بما أن تلك التأمينات التى صار الوعد والاحسان بها من طرفى الأشرف السلطانى لأجل أمنية النفوس والأموال وحفظ الناموس فى حق جميع تبعتى الموجودين فى أى دين ومذهب كان بدون استثناء بموجب خطى الهمايونى الذى تلى فى جلخانة ، وقد جرى الآن تأكيدها وتأييدها مع التنظيمات الخيرية ، يجب اتخاذ التدابير المؤثرة لأجل اخراجها بكمالها الى الفعل . أما الامتيازات والمعافيات الروحانية جميعها التى أعطيت من طرف أجدادى العظام ، أو أحسن بها فى السنين الأخيرة الى جماعة المسيحيين وباقى التبعة الغير المسلمة الموجودين فى ممالكى المحروسة الشاهانية ، فقد صار تقريرها وإبقاؤها الآن أيضا . إنما يلزم أن تحصل المبادرة فقط إلى رؤية امتيازات كل جماعة من المسيحيين والتبعة الغير المسلمة ومعاينة امتيازاتهم الحاضرة بظرف مهلة معينة . وتحصل المذاكرة فى إصلاحاتها التى أوجبها الوقت وآثار التمدن والمعارف المكتسبة فى مجالس مخصوصة تشكل فى

البطرخانات بإرادتى واستحسانى الملوكى وتحت نظارة بابنا العالى » (أنظر جلاد ٥ ص ٣٥٣ — ص ٣٥٤) .

فالامتيازات « الروحانية » ، أى ما كان متعلقا منها بما هو دينى محض ، للطوائف غير الإسلامية استبقيت لهذه الطوائف ، مع الإشارة إلى وجوب إصلاحها بما يتفق مع « آثار التمدن والمعارف المكتسبة فى مجالس مخصوصة تشكل فى البطرخانات » بعد موافقة حكومة السلطان .

١١ — ثم يعرض الخط الهمايونى لمسألة جوهرية ، هى أهم ما يعنينا فى هذا التشريع ، وهى مسألة التنظيم الجديد للقضاء بالنسبة للمسلمين وللطوائف غير الاسلامية ، فيقرر ما يأتى :

« م ١٦ : أما جميع الدعاوى التى تحدث فيما بين أهل الإسلام والمسيحيين وباقى التبعة الغير المسلمة أو بين التبعة المسيحيــة وبين باقى تابعى المذاهب المختلفة الغير المسلمة ، تجارية كانت أو جنائية ، فتحال إلى دواوين مختلطة . والمجالس التى تعقد من طرف هذه الدواوين لأجل استماع الدعوى تكون علنية بمواجهة المدعى والمدعى عليه والشهود الذين يقيمانهم ، ينبغى أن يصادقوا على تقاريرهم الواقعة دائما واحدة فواحدة بيمين يجرونه حسب اعتقادهم ومذاهبهم » .

« م ١٧ : أما الدعاوى العائدة إلى الحقوق العادية ، فينبغى أن ترى شرعا أو نظاما بحضور الوالى وقاضى البلدة فى مجالس الأيالات والألوية المختلطة أيضا ، وتجرى المحاكمات الواقعة فى هذه المحاكم والمجالس علنا .

« م ١٨ : وأما الدعاوى الخاصة ، مثل الحقوق الأرثية ، فيما بين شخصين من المسيحيين وباقى التبعة الغير المسلمة ، فتحال ، على أن ترى ، إذا أرادت أصحاب الدعوى ، بمعرفة البطرك أو الرؤساء والمجالس » .

(أنظر جلاد ٥ ص ٣٥٤) .

فالمادة ١٦ من الخط الهمايونى سلخت ، فيما يتعلق بالطوائف غير الاسلامية ، من القضاء الملى اختصاصاته التجارية والجنائية . والمادة ١٧ من هذا الخط سلخت من هذا القضاء اختصاصاته المدنية . وبذلك عاد لقضاء الدولة اختصاصاته المدنية والتجاريه والجنـائية بالنسبة لجميع رعايا الدولة العثمانية . وهذه خطوة فى الدرجة القصوى من الأهمية فى توحيد القضاء ، وفى استكمال سلطان الدولة ، وفى إقليمية التطبيق لقوانين المعـاملات والعقوبات وفى هـذا رجوع لأحكام الشريعة الاسلاميه على النحو الذى بسطناه فيما تقدم .

بقى ما يسمى عادة بالأحوال الشخصية ، وتشمل الزواج وما يتصل به من مسائل والأهلية والحجر والمواريث والوصايا . وهذه هى التى تعرض لها المادة ١٨ من الخط الهمايونى ، وتسميها بالدعاوى الخاصة ، وتذكر منها المواريث (الحقوق الارثية) على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر .

ويقطع فى صحة هذا الرأى أن التحريرات السامية الصادرة فى سنة ١٨٩١ ، وسيأتى ذكرها فيما يلى ، تنتق بعض هذه الدعاوى الخاصة ، فتجعلها من الاختصاص الإجبارى للقضاء الملى بالنسبة لبعض الطوائف ، فتذكر النفقة

والمهر والجهاز وهى مسائل تتصل بالزواج ، ثم تذكر الوصايا وهى مسائل تتصل بالمواريث . وقد جرى القضاء المصرى فى تفسير الخط الهمايونى على هذا النحو ، واعتبر « الدعاوى الخاصة » شاملة لجميع أقضية الأحوال الشخصية (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٨٩ ب ١ ص ١٠١ — ١٩ يناير سنة ١٨٩١ ب ٣ ص ١٤٥ — ١٨ أبريل سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٢٥٢ — ١٢ يونيه سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٣٦٧ — ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ ب ١٤ ص ١٤٠ — ٧ مايو سنة ١٩٠٢ ب ١٤ ص ٢٨١) .

ويقول الأستاذ سيزوستريس باشا بهذا الرأى ويفصله تفصيلا وافياً فى كتابه عن البطركخانات : إذ نقرأ فيه (ص ٢٩٣ — ص ٢٩٥) ما يأتى .

"Ainsi donc, les procès dépendant des lois religieuses entre non-musulmans sont de la compétence de l'autorité ecclésiastique dont ils relèvent . . . . . Les affaires dépendant des lois religieuses se divisent en deux catégories : affaires purement religieuses et affaires civiles ressortissant du statut personnel. Les principales affaires purement religieuses sont les causes matrimoniales et les causes spirituelles. Les causes matrimoniales se réfèrent aux fiançailles, à leur validité et leurs effets; à la déclaration de la validité ou de la nullité du mariage; à la séparation de corps et d'habitation des époux; au divorce (là où il est admis); à la déclaration de la mort de l'un des époux absent . . . . . . Quant aux affaires civiles ressortissant du statut personnel, elles offrent, dans les pays d'Orient, un champ d'une étendue très considérable : ce sont non seulement toutes les questions de fiançailles, de mariage, de séparation de corps, de divorce, de filiation, de puissance paternelle, de tutelle et de curatelle, mais encore tout ce qui a trait au droit d'hérédité et à la liquidation des successions, aux testaments, aux legs et à toutes autres dispositions

faites mortis causam, aux pensions alimentaires, à la dot; ainsi que les causes relatives aux fondations pieuses de la nation ou aux wakfs."

وإذا كنا نتحفظ كثيراً فيما يذهب إليه سيزوستريس باشا من إدخال بعض المسائل ، وبخاصة مسائل الوقف ، فى نطاق الأحوال الشخصية : فنحن نوافقه موافقة تامة على أن مسائل الزواج ويدخل فيها الخطبة وفسخها وصحة الزواج وأوجه فسخه وأوجه بطلانه ، والطلاق ، والتفريق ما بين الزوجين والمهر والجهاز والنفقات، والأهلية والحجر والولاية والوصاية والقوامة ، كل هـــذا يدخل فى نطاق المسائل التى سماها الخط الهمايونى فى المادة ١٨ منه « بالدعاوى الخاصة » ، هذا إلى المواريث والوصايا ، وهى التى نص عليها وخصها بالتسمية .

١٢ — ويستخلص من أحكام المادة ١٨ من الخط الهمايونى النتائج الآتية :

(١) إذا اختلفت ملة الخصوم ، فإن الدعاوى الخاصة ، وهى التى حددنا نطاقها فيما تقدم ، تخرج من اختصاص القضاء الملى الاستثنائى ، وتدخل فى اختصاص قضاء الدولة العام ، فتسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية .

وهنا يحسن أن نورد إلى جانب النص العربى للمادة ١٨ ترجمة فرنسية دقيقة وردت فى كتاب معتمد عنوانه (Corps de Droit Ottoman) لمؤلفه (George Young) ، وهو كتاب معروف .

فالذى جاء فى النص العربى هو ، كما ورد فى مجموعة جلاد : « الدعاوى الخاصه .... فيما بين شخصين من المسيحيين وباقى التبعة غير المسلمة . . . »

والمقصود بهذا أن يكون الخصمان غير مسلمين ومن ملة واحدة ، كما تدل عليه الترجمة الدقيقة التى أوردها Young فى كتابه المشار إليه (جزء ٢ ص ٧) وهذه هى :

"Les procès civils spéciaux, comme ceux de succession ou autres de ce genre, entre les sujets d'un même rite chrétien ou autre non-musulman, pourront, à leur demande, être envoyés par-devant les conseils des Patriarches ou des Communautés."

ويتضح من هذا النص الفرنسى أن القضاء الملى لا ينظر فى قضية إلا إذا كان الخصوم فيها من ملة واحدة . فإذا اختلفت الملة كان الاختصاص لقضاء الدولة العام .

ويقول الأستاذ صفوت بك فى كتابه « قضاء الأحوال الشخصية للطوائف الملية » (ص ٢٢ — ص ٢٣) فى هذا الصدد ما يأتى : « فى عصر الفتح العثمانى كانت التبعة الغير المسلمة ثلاث فرق : الروم والأرمن واليهود . وأتباع كل طائفة كانوا يتقاضون فيها . وكان التزاوج المختلط بينهم نادراً ، فإذا حصل تبع أحد الزوجين مذهب الآخر . وعلى ذلك كان اختصاص كل طائفة مقصوراً على أتباعها من أهل ملتها .... وهذه القاعدة مستفادة مما جرى عليه العمل من أول نشوء الامتيازات القضائية الملية ...... فإذا اختلفت ملة الأخصام كانت المحاكم الشرعية هى المختصة » .

(٢) وتخرج هذه الدعاوى الخاصة أيضاً من اختصاص القضاء الملى ،

وتدخل فى اختصاص المحاكم العامة للدولة . وتسرى عليها أحكام الشريعة الاسلامية ، إذا لم يتراض الخصوم على الترافع إلى القضاء الملى ، حتى لو اتحدت ملتهم . وهذا الحكم وارد بنص صريح فى المادة ١٨ من الخط الهمايونى فى العبارة التى تقول : « إذا أرادت أصحاب الدعوى » . فإذا لم ترد أصحاب الدعوى الترافع إلى قضائهم الملى ، رجع الاختصاص للمحاكم العامة للبلاد . وهـذا ينطبق على جميع الدعاوى الخاصة ، حتى الزواج نفسه . فقد رأينا أن الزواج من صحة وبطلان وفسخ يدخل فى معنى « الدعاوى الخاصة » . ويتفق هذا الحكم مع أحكام الشريعة الاسلامية التى قدمناها ، فإن الذميين ، حتى فى أنـكحتهم ، يترافعون إلى القضاء الاسلامى ، ولـكن القاضى يجرى فى الأنـكحة أحكام دينهم على الوجه الذى فصلناه .

(٣) بعد أن أخرجنا من اختصاص القضاء والملى ما أخرجناه ، لا يبقى لهذا القضاء اختصاص فى نظر الدعاوى الخاصة ، إلا إذا اتحدت ملة الخصوم واتفقوا جميعاً على الترافع إليه . فاختصاص القضاء الملى ، حسب نصوص الخط الهمايونى ، هو اختصاص اختيارى محض ، وهو أقرب إلى التحكيم منه إلى القضاء .

١٣ — هـذه النتائج الثلاث التى استخلصناها من نصوص الخط الهمايونى تجعلنا نتفهم الروح التى سادت هذا التشريع الخطير . فقد أريد الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية بقدر الامكان ، بعد أن انحرفت

الدولة العثمانية دهوراً طويلة عن هذه الأحكام . فقد أصبحت مسائل الأحوال الشخصية ، بمقتضى الخط الهمايونى ، من اختصاص المحاكم الشرعية لا من اختصاص القضاء الملى . ولم يستبق لهذا القضاء إلا اختصاص تحكيم استثنائى لا يكون إلا إذا اتحدت ملة الخصوم وتراضوا جميعاً على قضاء ملتهم . وفى هذا وحده انحرف الخط الهمايونى عن أحكام الشريعة الاسلامية ، فإن هذه تقضى باختصاص القضاء الاسلامى ، حتى فى هذه الحالة الاستثنائية ، على أن يجرى القاضى فى الأنكحة أحكام الدين الذى ينتمى إليه الخصوم .

ومهما يكن من أمر ، فإن وصية غير المسلم ، بمقتضى الخط الهمايونى ، أصبحت من اختصاص المحاكم الشرعية ، وتسرى عليها أحكام الشريعة الاسلامية ، فلا تجوز الوصية فى أكثر من الثلث ولغير وارث . وهى لا تدخل فى اختصاص القضاء الملى إلا إذا اتحدت ملة الورثة والموصى لهم جميعاً وتراضوا على اختصاص القضاء الملى ، وتطبيق أحكام قانون الملة .

١٤ — على أنه حتى فى هذه الحدود الضيقة لاختصاص القضاء الملى ، جرى العمل فى الدولة العثمانية على تفسير الخط الهمايونى تفسيرا ضيقا لمصلحة القضاء العام للبلاد . ولا ينخدع الباحث بهذه المذكرات السياسية التى كانت تصدر من وقت لآخر ، بعبارات مبهمة مطاطة ، يقصد بها إلى تطمين الدول الأجنبية ومنع تدخلهم فى الشؤون الداخلية للدولة . فإن هذه العبارات الواردة فى مذكرة ١٥ مايو سنة ١٨٦٧ وأمثالها من المذكرات والمنشورات الأخرى وضعت مبهمة قصدا حتى يتسع تفسيرها ويضيق حسب المصلحة .

والعبرة فى تفسير الخط الهمايونى بالتطبيق القضائى لا بالمذكرات السياسية .
ويقول فى هذا الصدد المغفور له عبد الخالق ثروت باشا فى مذكرة له نشرت ضمن « مذكرات عن الطوائف الكاثوليكية والروم الارثوذكس فى مصر سنة ١٩٢٥ ص ٤١ » :

..... il n'est pas possible de leur donner (textes du Hatt Hamayouni) une interpétation basée sur les documents politiques (mémoires ou notes), les termes de ces documents étant souvent empreints d'une exagération destinée à produire un effet déterminé à l'étranger et non de servir d'instrument juridique d'interprétation. Très probablement l'emploi des termes vagues a été voulu. En effet, si on considère les privilèges des patriarcats lors de la conquête de constantinople, il est évident qu'ils cadrent avec les institutions d'alors dont la base est la religion, qu'ils ne constituent pas une anomalie dans l'harmonie de cet ensemble; mais les mêmes privilèges, vus au XIX^{e} siécle, alors que les Etats sont jaloux de leur sonveraineté sur leur propres territoires et qu'ils ne peuvent tolérer aucune atteinte à l'intégrité ou à la manifeslation de cette souveraineté, ils paraissent dissonants et intolérables, on comprend l'Etat qui a octroyé gracieusement ces privilèges veut en retrancher. Or, rien ne sert mieux pour cette entreprise que d'employer des termes vagues sur l'interprétation desquels on ne peut jamais s'entendre, surtoul lorsque les circonstances obligent l'Etat intérssé à reconnaître ces privilèges. Aussi ne faut-il recourir pour les interpréter dans un sens extensif ou restrictif qu'aux lois survenues plus tard ou aux usages établis dans la suite.

يجب إذن أن يفسر الخط الهمايونى ، كما يقول ثروت باشا ، لا بمقتضى المذكرات والمنشورات السياسية ، بل بما صدر من تشريع بعد ذلك وبما استقر من تقاليد قضائية . ونستعرض الآن هذا التشريع وهذه التقاليد .

أولا — التشريع الذى صدر بعد الخط الهمايونى

(لائحة تركات العيسويين)

١٥ — أما التشريع الذى صدر بعد الخط الهمايونى فهو « لائحة تركات العيسويين » المعروفة بمحرر صفر . صدرت فى ٧ صفر سنة ١٢٧٨ (الموافق ١٤ أغسطس سنة ١٨٦١) ، أى بعد الخط الهمايونى بخمس سنوات . وهى ، على ما ورد فى مجموعة جلاد (جزء ٥ ص ٢١٦) « تحريرات سامية عمومية » أى تشريعات لها قوة القانون .

وهذه هى أهم النصوص التى تعنينا من هذه اللائحة ، ننقلها عن مجموعة جلاد (جزء ٥ ص ٢١٦ وما بعدها وجزء ٢ ص ٢١ وما بعدها — أنظر أيضا ارستارشى جزء ١ ص ٤١ وما بعدها — يونج جزء ١ ص ٣٢٣ وما بعدها) :

« ولئن كان قد أرسل قبل الآن تحريرات رسمية سامية إلى كل الجهات حاوية بعض وصايا بحق تركات المسيحيين ، ألا إنه حيث لم تفهم هذه القضية كما ينبغى فى بعض الجهات ، وحصل سوء استعمال فى بعض المحلات ، فقد جرى بيان القرار القطعى المعطى الآن فيما يختص بصور اجراءات هذا الخصوص وتوضيحه على الوجه الآتى . وهو حيث كان تحرير تركات المتوفين من التبعة المسيحية عن ورثة كبار خارجا عن دائرة مأمورية ومأذونية القضاة والنواب ، فلا يحصل تعرض ولا مداخلة أصلا وقطعا فى تحرير تركة بغير

وجه شرعى من طرف حكام الشرع ما لم يحصل طلب تحريرا التركة وتقسيمها باستدعاء كبار ورثة المتوفين من هذا القبيل بالذات . لكن إذا حصلت الشكوى من طرف أحد الورثة ضدا لبعضهم بعضا من جهة تقسيم التركة فيما بينهم وتوزيعها عليهم ، وقدم استدعاء إلى الحكومة ، فحينئذ تجرى مرافعتهم مجلسيا بمعرفة الشرع الشريف . ويجرى تحرير التركة بحسب إيجابها بناء على استدعاء المدعى . وأما إذا كان المتوفى تاركا أيتاما من صغير وصغيرة ، فتتحرر تركة المتوفى عن صغير وصغيرة من ذلك القبيل حسب مقتضياتها الشرعية لكون المحافظة على أموال هكذا أيتام هى من مقتضيات شأن حكومة الدولة العليه العالى . ثم بعد إيفاء مصاريف تجهيز المتوفى ودفنه مع ديونه ووصيته المعتبرة كافه ، يترك مهما كان باقيا من المال والدراهم لتبقى معه أرث الصغار فى يد ولى الأيتام ووصيهم إذا كان يوجد لهم أولياء وأوصياء ليسوا من الأدنياء ولا من المسرفين والمبذرين تطبيقا إلى شروطها ونظامها . أما إذا لم يكن للأيتام المرقومين أحد ، فينتخب لهم حينئذ وصى واحد وناظر واحد من رجال طائفتهم الأمناء المتمدين . ويؤخذ عليهما كفيل وسند بأنهما لا يتلفان أموال الأيتام ، بل يجريان النفقة على الأيتام وتعليمهم وتعلمهم وتربيتهم مع الإدارة التامة ...... ثم إذا كان يوجد غائب أو غائبة ومجنون أو مجنونة من ورثة الذين يتوفون من أهالى البلدة ، فيجرى تحرير تركاتهم تطبيقاً إلى القرار المشروح فى حق الأيتام أيضاً ....»

إنما إذا كان رجل قد أوصى قبل وفاته بثلث ماله إلى بعض الوجوه

المعتبرة تعتبر هـذه الوصية شرعا بعد وفاته . وعدا عن ذلك إذا كان المتوفى وهو فى حال صحته وكمال عقله قد قسم جميع أمواله وأملاكه على كل واحد من ورثائه الحقيقيين أو على أشخاص آخرين بالتفريق ، وأفرد لكل منهم حصته وسلمه إياها بسند معتبر بحضور رجال من معتمدى طائفته مصدق عليه من طرف البطريرك أو المطران أو الأسقف أو وكلائهم فتعتبر مثل هذه السندات من طرف حكام الشرع وغيرهم من المأمورين غب الثبوت والتحقيق ، ولا تبقى حاجة إلى تحرير التركة وتقسيمها تكرارا ، بل تبقى الأموال المنقولة والغير المنقولة متروكة فى يد من يلزم إبقاؤها فى أيديهم على الوجه المحرر فى السند المذكور . . . . . . » .

هذه هى النصوص التى تعنينا فى محرر ٧ صفر سنة ١٢٧٨ . ويمكن القول أنها تعرض لمسألتين رئيسيتين :

١٦ — (١) أن مواريث غير المسلمين تقضى فيها المحاكم الشرعية ، وتسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية ، ما لم تتفق الورثة على التقاضى إلى قضائهم الملى وتطبيق أحكام ملتهم . وغنى عن البيان أن هذه هى أحكام الخط الهمايونى التى سبق شرحها ، قد تكررت وتأكدت بتشريع جديد ، هو هذه اللائحة التى نحن بصددها .

نصوص هذه اللائحة صريحة فى هذا المعنى ، سواء كانت الورثة جميعاً مستكملى الأهلية ، أو كان فيهم من هو ناقص الأهلية .

فى الحالة الأولى تنص اللائحة على أنه « إذا حصلت الشكوى من

طرف أحد الورثة ضدا لبعضهم بعضا من جهة تقسيم التركة فيما بينهم ، وتوزيعها عليهم ، وقدم استدعاء إلى الحكومة . فحينئذ تجرى مرافعتهم مجلسيا بمعرفة الشرع الشريف ، ويجرى تحرير التركة بحسب أيجابها بناء على استدعاء المدعى » . ونورد ترجمة هذه الفقرة باللغة الفرنسية :

"Cependant, si l'un des héritiers se plaindrait de la manière du partage entre eux-mêmes et aurait recours au Gouvernement, dans ce cas le Tribunal du Chéri sera saisi de l'examen de l'affaire d'après les lois du Chéri et l'inventaire de la succession sera dressé, d'après les circonstances, sur la requête du demandeur" (Young I p. 323).

ومعنى هذا النص أنه يكفى أن يختلف أحد الورثة مع سائرهم ، حتى يستطيع هذا الوارث أن يرفع دعواه أمام المحاكم الشرعية ، ويطلب تقسيم التركة طبقا لأحكام الشرع الشريف .

أما فى الحالة الثانية ، وهى حالة ما إذا كان فى الورثة قصر أو محجور عليهم أو غائبون ، فلا يمكن أن يتم اتفاق صحيح على القضاء الملى بين الورثة وفيهم من هو غير مستكمل الأهلية ، هذا إلى أن أموال ناقص الأهلية تصبح المحافظة عليها من واجبات الدولة . فيجب فى هذه الحالة أن تكون القضية من اختصاص المحاكم الشرعية ، وتسرى أحكام الشريعة الإسلامية . وهذا ما نقرأه فى نصوص اللائحة : « وأما إذا كان المتوفى تاركا أيتاما من صغير وصغيرة ، فتتحرر تركة المتوفى عن صغير وصغيرة من ذلك القبيل حسب مقتضياتها الشرعية ، لكون المحافظة على أموال هكذا أيتام هى من مقتضيات شأن حكومة الدولة العلية العالى . . . . ثم إذا كان يوجد غائب أو

غائبة ، ومجنون أو مجنونة من ورثة الذين يتوفون من أهالى البلدة فيجرى تحرير تركاتهم تطبيقاً إلى القرار المشروح فى حق الأيتام أيضاً ... » . وهذه هى الترجمة الفرنسية :

"Dans le ces où le defunt laisserait des héritires et des heritières mineures, la protection des biens des orphelins mineurs étant indispensable pour la dignité du Gouvernament Impérial Ottoman, l'inventaire de cette succession sera dressé d'apris le Chéri . . . . L'inventaire de la suceesion des personnes décédées, dans leur pays d'origine, et laissant des hèritiers absents ou atteints de folie sera fait conformément à la décision précitée relative aux mineus." (Young I p. 324).

ويتبين من هذا النص الأخير أن مسائل الأهلية والحجر هى من اختصاص المحاكم الشرعية . وهذا أيضا يؤيد ماسبق للخط الهمايونى أن قرره . ويقول ثروت باشا فى مذكرته المشار إليها تعليقا على النص الذى نحن بصدده ما يأتى (ص ٤٣ — ص ٤٤) :

"Ce texte etablit a l'évidence que les questions de tutelle et de curatelle sont du ressort du Mehkémeh. Il en est de même de la capacité parce qu'elle ne peut être régie que par la loi régissant la tutelle. Cette opinion est corroborrée par une consultation donnée le 15 Gamad-Awal 1926 par le Ministère de la Justice Ottoman à la demande du Gouvernement Egyptien. D'après cette consultation "la nomination des tuteurs n'est pas de la compétence des Patriarcats, d'après les ordres Suprêmes et les statuts actuels, mais d'après les clauses et dispositions des Tahrerats saniehs du 7 safur 1278 publiées au premier volume de la constitution, les successions des non-musulmans sont de la compétence des Mehkémehs dont les décisions n'ont donné lieu à aucun conflit. La section relative aux legs dans les Tahrirats saniehs contient les règles en vigueur dans l'Empire Ottoman".

١٧ — (٢) إن وصية غير المسلم ، فيما يتعلق بالجزء الذى يجوز الإيصاء به وهو الثلث لغير وارث ، تخضع أيضا لأحكام الشريعة الإسلامية . وهذا يتفق كذلك مع أحكام الخط الهمايونى ويؤيدها . فقد جاء فى اللائحة التى نحن بصددها ما يأتى : « إنما إذا كان رجل قد أوصى قبل وفاته بثلث ماله إلى بعض الوجوه المعتبرة ، تعتبر هذه الوصية شرعا بعد وفاته الخ الخ » . وهذه هى الترجمة الفرنسية :

"Cependant, dans le cas où le de cujus aurait, de son vivant, légué le tiers de ses biens pour certains buts honorables et valables, (établis. de bienfaisance) non seulement ce testament doit être considéré valable par le Chéri, après sa mort, mais encore si le de cujus, de son vivant et dans un état sain d'esprit, aurait . . . . partagé tous ses biens . . . à chacun de ses héritiers légaux ou à d'autres personnes à part, et aurait séparé et livré à chacun d'eux sa part, de tels actes . . . . . seront reconnus valables par les juges du Chéri . . . . (Young I p. 325).

ويتضح من هذه النصوص أن وصية غير المسلم فى الوجوه المعتبرة شرعا تنفذ فى الثلث ، وأن المورث فى حال صحته يستطيع أن يتصرف فى ماله تصرفا منجزا ، فيقسمه بين ورثته طبقا لأنصبتهم فى الميراث أو بخلاف أنصبتهم ، كما يستطيع أن يهبه لغير ورثته . وهذا كله يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية . وفيما نقلناه فى الفقرة السابقة من مذكرة المرحوم ثروت باشا ما يؤكد أن ما جاء فى لائحة تركات العيسويين خاصا بالوصية هو القانون المعمول به فى الدولة العلية .

ونلاحظ منذ الآن أن إيراد النصوص المتعلقة بالوصية فى الثلث إلى

جانب نصوص المواريث يكشف عن العلاقة الوثيقة ما بين القاعدة التى تقضى بأن الوصية لا تكون إلا فى الثلث لغير وارث و بين قواعد الميراث ذاتها . فليس هناك شك فى أن هذه القاعدة تعتبر من قواعد الميراث ، ولا يتصور التقيد بقواعد الميراث دون التقيد بهذه القاعدة . وسنعود لهذه المسألة الهامة ببيان أوفى .

وحسبنا الآن أن نسجل أن لائحة تركات العيسو بين قد أكدت أحكام الخط الهمايونى ، فجعلت المواريث والوصايا والأهلية والحجر من اختصاص المحاكم الشرعية ، وجعلت أحكام الشريعة الإسلامية هى التى تسرى على هذه المسائل .

١٨ ليس إذن فى أحكام محرر ٧ صفر سنة ١٢٧٨ ما يتناقض مع أحكام الخط الهمايونى ، بل أنها كلها أحكام واحدة كما قدمنا . لذلك لفت نظرنا ما ورد فى مذكرة الأستاذ صليب سامى باشا (ص ٨) . فهو يلخص أحكام المحرر فى أمرين : أولهما أن وصية العيسوى لا تجوز فى أكثر من ثلث التركة ، والثانى أن وجود قصر بين الورثة يقضى بأن تضبط التركة بواسطة القاضى الشرعى . ثم يعقب على ذلك فيقول : « ولا شك أن فى هذين الحكمين نقضاً لأحكام الخط الهمايونى الصادر قبل ذلك بسبع سنوات باعتباره شرطا من شروط الصلح التى تضمنتها معاهدة باريس » . وقد رأينا أن ليس فى الحكمين أى نقض لأحكام الخط الهمايونى ، بل فيهما تثبيت وتأكيد لهذه الأحكام .

١٩ — ثم يهاجم الأستاذ صايب باشا المحرر من نواح ثلاث :

(١) فهو يقول أولا أن هذا المحرر ليست له قوة القانون (انظر ص ٢٣ من مذكرته) .

(٢) ويقول ثانياً أن الحكومة العثمانية قد عطلته بعد إصداره (انظر ص ٩ — ص ١٢ من المذكرة) .

(٣) ويقول أخيراً أن الحكومة المصرية قد وقفت تنفيذه (انظر ص ٨ — ص ٩ من المذكرة) .

ونحن نتولى الرد على هذه المسائل الثلاث .

٢٠ — أما أنه ليس بقانون . فقد قرر الأستاذ صايب باشا نفسه فى مذكرته (ص ٢٣) أن هذا المحرر قد ورد فى مجموعة جلاد (جزء ٥ ص ٢١٦) تحت كلمة «بطرخانة» بعنوان «صورة تحريرات سامية عمومية» ، وفى الجزء الثانى من هذه المجموعة (ص ٢٣) تحت كلمة «بيت مال» بعنوان «الأمر السامى الصادر من طرف الدولة العلية إلى حضرات الولاة والمتصرفين الكرام عموما» . فهو إذن تحرير سامٍ ضم ، كما يقول الأستاذ ، إلى نظامنامة التركات وورد فى مجموعات القوانين وأوامر الدولة العلية .

والظاهر أن لائحة ٨ صفر سنة ١٢٧٨ قد أعيد إصدارها بقانون فى ٥ رمضان سنة ١٢٧٨ . وقد وضع هذا القانون فى صورة مواد بلغت تسعاً .

ويكفى للتثبت من ذلك الرجوع إلى مجموعة جلاد ، فى الجزء الخامس الخاص بالأحوال الشخصية بالطوائف غير الإسلامية (ص ١٣٩) تحت العنوان

الآتى « نظامنامة التركات الوارد بها الأمر الملوكى الرقيم ٥ رمضان سنة ١٢٧٨ الموافق ٢ مارس سنة ١٨٦٢ » .

وقد أتت هذه اللائحة مؤيدة للخط الهمايونى كما قدمنا ، ولم تناقض أحكامه فى شىء ، فهى تستمد قوتها لا من أنها قانون فحسب ، بل لأنها تعتبر أيضاً تفسيراً للخط الهمايونى فيما يتعلق بتركات غير المسلمين .

٢١ — أما أن المحرر عطل العمل به فى تركيا ، فلم يورد الأستاذ صايب باشا أى دليل على ذلك . وكل ما أورده فى هذا الشأن مذكرة الباب العالى المبلغة لسفراء الدول فى ١٥ مايو سنة ١٨٦٧ ، وفرمان ١٣ ذى العقدة سنة ١٢٩٢ (١٢ دسمبر سنة ١٨٧٥) المعروف بفرمان الإصلاحات ، ومذكرة وزير خارجية تركيا لسفراء الدول فى ٢٨ مارس سنة ١٨٧٨ ، وكتاب قاضى القضاة لقاضى ولاية الشام استناداً إلى فرمان الإصلاح الصادر فى سنة ١٨٧٥ .

وقد أشرنا من قبل إلى أنه لا تجوز إعارة عناية كبيرة للمذكرات السياسية التى تبلغها الدولة العلية لسفراء الدول لأنها توضع عادة بعبارات مبهمة مطاطة لأغراض سياسية ، ولا يجوز الاعتماد عليها فى تفسير النصوص القانونية تفسيراً يقيد القضاء . فمذكرة الباب العالى المبلغة لسفراء الدول فى ١٥ مايو سنة ١٨٦٧ هى من هذا القبيل . وهى بعد لم يرد فيها شىء يدل ، صراحة أو ضمناً ، على إلغاء أحكام المحرر . وكل ما ورد متصلا بهذا الشأن أنه « فيما يتعلق بالقضايا التى تخضع لأحكام الشرائع الدينية ، والتى بطبيعتها لا تهم سوى المسلمين فيما بينهم ، والمسيحيين فيما بينهم ، فهذه القضايا

ستترفع من الآن فصاعدا ، كما كانت ترفع قبلا ، إلى القضاء الشرعى بالنسبة للمسلمين ، وإلى القضاء الملى بالنسبة للمسيحيين . وكلا القضائين يحكم بمقتضى قوانينه ونظمه الخاصة » . وليس فى هذه العبارة أكثر من الإشارة إلى أن هناك قضايا تخضع لأحكام الشرائع الدينية المسيحية لا تهم إلا المسيحيين فيما بينهم ستترفع إلى القضاء الملى كما كان الأمر من قبل . فما هى هذه القضايا : هى لاشك القضايا الواردة فى الخط الهمايونى . والتى سبق أن بيناها : قضايا الزواج وما يتصل به والأهلية والحجر والمواريث والوصايا ، إذا اتفق الخصوم على رفعها للقضاء الملى وكانوا متحدى الملة . يسير الأمر فيها كما كان من قبل أى من وقت صدور الخط الهمايونى . وقد سبق أن أشار المرحوم ثروت باشا إلى هذه المذكرة وبين أنه ليست لها أية قيمة تشريعية .

كذلك فرمان الإصلاحات لم يذكر إلا العبارة التى أوردها الأستاذ صليب باشا فى مذكرته وهى :

Les dispositions testamentaires, dans les provinces, seront respectés, et il ne sera point permis de s'immiscer dans la gestion faite par les tuteurs des biens des mineur:

فهل يفهم من هذه العبارة أكثر من أن وصايا غير المسلمين ، إذا كانت جارية على أحكام القانون طبعا ، تكون محترمة ؟ والاحترام هنا منصب بنوع خاص على عدم التدخل فى إدارة الوصى لأموال القاصر فى الأقاليم ، حيث كان التدخل كثير الوقوع ، إلا إذا تقدمت شكوى ضد الوصى أو وصى التركة (exécuteur testamentaire) لسوء الإدارة ، فعند ذلك تتدخل الدولة

وتحمى القصر فى إدارة أموالهم . فهل « هـذه النصوص تلغى طبعاً أحكام نظام تركات العيسويين » كما يقول الأستاذ صليب باشا ! ! نستطيع أن نؤكد مطمئنين أن هذا لا يخطر بالبال .

ثم يشير الأستاذ صليب باشا إلى مذكرة ٢٨ مارس سنة ١٨٧٨ ، وقد جاء فيها : « إن الوصايا إن كانت بعقار ، متى كانت خالية من شبهة التصنع ، كأن شهد عليها بعض الأعيان من جنسية الموصى ، أو صدق على توقيعها البطريرك أو نائبه ، تصبح نافذة من تلقاء نفسها ، وتنتقل ملكية العقار للموصى له ، بدون تدخل ما من جهة المحكمة الشرعية » . فهذه المذكرة ، وقرار مجلس الدولة الذى تضمنها ، لا يمكن أن يفسرا إلا فى ظل القانون السارى وهو الخط الهمايونى مفسراً بلائحة تركات العيسويين . ولا يمكن لقرار مجلس الدولة أن يلغى قانونا ، بل يجب أن يفسر بما يتفق مع أحكام هذا القانون . وتفسير هذا القرار واضح ، فهو يعرض للوصية من ناحية الشكل لا من ناحية الموضوع ، فينص على وجوب شهادة بعض الأعيان من جنسية الموصى على الوصية ، أو أن يصدق على توقيعها البطريرك أو نائبه . أما من ناحية الموضوع ، فلا يزال الخط الهمايونى ولائحة العيسويين ساريين ، لأن قرار مجلس الدولة لا يمكن أن يلغى شيئاً من ذلك . وقد ورد فى مؤلف يونج (جزء أول ص ٣٢٢ فى الحاشية) بيان واف عما كانت تجريه الطوائف غير الإسلامية من الأحكام على الوصية . ويتضح منها أن أحكام الشريعة الإسلامية هى التى كانت تسرى عند جميع الطوائف فيما عدا طائفة أو طائفتين .

بقى كتاب قاضى القضاة لقاضى الشام ، وهو الذى يقول الأستاذ صليب باشا أن أصله موجود لدى سيادة الحاخام . ولا نرى المحكمة فى حاجة إلى الاطلاع على هـذا الكتاب . فإن الأستاذ صليب باشا نفسه يقول أن قاضى القضاة استند فيه إلى فرمان الإصلاح الصادر فى سنة ١٨٧٥ . وقد بيّنا أن هذا الفرمان لم يمس لائحة العيسويين بالغاء أو بتعديل . فلا يمكن أن يكون لكتاب قاضى القضاة الذى استند إلى هذا الفرمان قيمة أقوى من قيمة الفرمان نفسه .

وبعدُ فإن الأستاذ صليب باشا يحدثنا فى مذكرته (ص ١٠) أن حكام الولايات كانوا يوعزون للمحاكم الشرعية بالتدخل فى وصايا المسيحيين عملا بمحرر ٧ صفر ١٢٧٨ ، بحجة أن مذكرة الباب العالى الصادرة فى ١٥ مايو سنة ١٨٦٧ لم تنص صراحة على الوصية ، وأن هذا التدخل بقى مستمراً حتى بعد صدور فرمان الإصلاح فى سـنة ١٨٧٥ (ص ١١) . ويحدثنا المغفور له ثروت باشا فى مذكرته التى سبقت الإشارة إليها أن وزارة الخارجية العثمانية فى سنة ١٣٢٦ هجرية أفتت الحكومة المصرية بأن مسائل تعيين الأوصياء ليست من اختصاص البطريركيات ، بل هى من اختصاص المحاكم الشرعية ، استناداً إلى محرر ٧ صفر سنة ١٢٧٨ . فهذا المحرر نراه قائماً ، تشير إليه وزارة الخارجية العثمانية ، حتى فى سنة ١٣٢٦ ، أى بعد نحو نصف قرن من صدوره ، مما يشعر بأهميته وخطورته ، وأنه كان دستور الدولة العلية فى مسائل الميراث والوصية لغير المسلمين .

فلا نستطيع بعد كل ذلك أن نجارى الأستاذ صليب باشا سامى فى قوله أن تركيا عطلت العمل بهذا المحرر .

٢٢ — ولا نستطيع كذلك أن نجاريه فى قوله أن هذا المحرر لم يعمل به فى مصر ، فى النطاق الذى تسرى فى حدوده التشريعات العثمانية فى البلاد المصرية .

وهذا يدعونا إلى الكلام فيما عرض له الأستاذ صليب باشا فى مدى ارتباط مصر بأحكام القوانين العثمانية ، واهتم به اهتماما خاصاً فوصفه بأنه حجر الزاوية فى بيان اختصاص محاكم الأحوال الشخصية .

نحن نوافق الأستاذ صليب باشا فيما وصل إليه من بحثه فى هذا الموضوع على أن نضيف إليه إيضاحا نراه ضروريا . فإن الفرمانات التى أعطت مصر سلطة واسعة فى التشريع الداخلى ، وهى فرمان ٢٨ يونيه سنة ١٨٦٧ الصادر لإسماعيل باشا بمنحه لقب الخديوية وفرمان غرة جمادى الأولى سنة ١٢٩٠ (سنة ١٨٧٠ ميلادية) الذى صدر تمهيداً لوضع نظام المحاكم المختلطة والفرمان الصادر فى ١٩ شعبان سنة ١٢٩٦ (١٨٧٩ ميلادية) بتولية الخديوى توفيق باشا والفرمان الصادر فى ٢٧ شعبان سنة ١٣٠٩ (سنة ١٨٩٢) بتولية الخديوى عباس باشا ، كل هذه تعطى مصر الحق فى التشريع لأمورها الداخلية . ولكن هذا لا يمنع من سريان النظم التى سنها الباب العالى فيما لا تتعارض فيه مع التشريعات الداخلية التى سنها خديوى مصر . وهذا محقق فيما يتعلق بالخط الهمايونى ولائحة تركات العيسويين ، فقد صدر هذان التشريعان فى

ظل فرمان أول يونيه سنة ١٨٤١ الصادر لمحمد على باشا . وقد جاء فى هـذا الفرمان ما يأتى : « وكل النظامات التى سنها أو سيسنها الباب العالى تكون أيضاً مرعية الإجراء فى ولاية مصر . مع ملاحظة الظروف المحلية المختصة بالعدل والحقانية فقط » . فلما صدر الخط الهمايونى فى سنة ١٨٥٦ ولائحة تركات العيسويين فى سنة ١٨٦١ ، كان هذان التشريعان ساريين فى مصر بمقتضى فرمان سنة ١٨٤١ ، ما دام لم يصدر تشريع مصرى يلغيهما .

بل نستطيع الذهاب إلى أبعد من ذلك ، ونقول أن كل النظم الخاصة بالطوائف غير الإسلامية التى سنتها الدولة العلية إلى سنة ١٩١٥ كانت واجبة التطبيق فى مصر ، ما لم تتعارض مع تشريع مصرى سابق أو يلغها تشريع مصرى لاحق (انظر فى هذا المعنى سيزوستريس باشا فى البطركخانات ص ٢٥١ — ص ٢٥٣ — ص ٢٨٧ — ٢٨٨) . لذلك لم يكن هناك شك فى سريان التحريرات السامية التى صدرت فى سنة ١٨٩١ دون أن يصدر بها تشريع مصرى خاص . ومن أجل هذا صدر قانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ يجعل التشريعات العثمانية الخاصة بالطوائف غير الإسلامية ، التى كانت سارية على مصر إلى ذلك التاريخ ، باقية تسرى بمقتضى تشريع مصرى بعد أن انقضت سيادة الدولة العثمانية على مصر .

ويخلص من ذلك أن لائحة تركات العيسويين واجبة السريان فى مصر بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع تشريع مصرى يلغيها أو يعدل من أحكامها .

فلننظر الآن هل صدر تشريع مصرى فى هذا المعنى .

يقول الأستاذ صليب باشا سامى فى مذكرته (ص٨ — ص ٩) : « وقد أبلغ هذا المحرر للحكومة المصرية بالطريق الدبلوماسى الذى كان متبعاً حينئذ ، فأبلغ للمعية الخديوية . وهذه ترجمته إلى اللغة العربية . ثم بعثت بالأصل والترجمة لناظر الخارجية المصرية الذى أبلغ الترجمة العربية لمحافظ القاهرة بمنشور فى ٢٧ ربيع الآخر سنة ١٢٨٢ . فأبلغه المحافظ للجهات المختصة فى ٥ جمادى الأولى سنة ١٢٨٢ » . ثم يشير الأستاذ صليب باشا بعد ذلك إلى منشور ناظر الخارجية المصرية فى ٧ جمادى الأولى يقف به العمل بالمحرر ، وقد ورد فى هذا المنشور ما يأتى : « . . . . فقد استصوب الآن توقيف العمل بمقتضى المنشور المتقدم ذكره والإجراء فى التركات المذكورة كما كانت سابقاً لحين صدور الأمر لحضرتكم بما يقتضى عن هذا الخصوص ، ولذا لزم تحريره ليكون معلوما » (جلاد ٢ ص ٢٣) .

وهذا كله صحيح . ويستخلص منه ما يأتى :

(١) صحة نظرنا من أن النظم العثمانية الخاصة بالطوائف غير الإسلامية كانت تسرى فى مصر بمجرد تبليغها من حكومة الباب العالى . وكانت الحكومة المصرية تبلغها إلى الجهات المختصة للعمل بها دون حاجة إلى استصدار تشريع مصرى خاص بذلك

(٢) إن لائحة تركات العيسويين بالذات قد جرى عليها الحكم المتقدم . فأبلغتها الحكومة المصرية إلى محافظ مصر ، وهذه أبلغتها إلى الجهات المختصة للعمل بها . ولكن الحكومة رأت بعد ذلك أن تقف العمل

باللائحة ، وأن تجرى فى تركات غير المسلمين على مقتضى التشريعات المصرية التى كانت سارية وقت ذلك إلى أن تصدر تعليمات أخرى .

وهنا تعرض مسألتان :

(١) هل كانت الحكومة المصرية تملك وقف هذه اللائحة مع أنها واجبة السريان فى مصر على النحو الذى بسطناه فيما تقدم ؟

(٢) هل صدرت بعد ذلك التعليمات الأخرى الموعود بصدورها فى منشور ٧ جمادى الأولى ؟

أما أن الحكومة المصرية كانت لا تملك وقف اللائحة إلا بالقدر الذى تتعارض فيه مع تشريع مصرى ، فهذا حق لا شك فيه . وقد بيناه تفصيلا فيما تقدم . وقد حدث بالفعل أن صدر تشريع مصرى ، وقف من أجله العمل باللائحة حتى يتبين ما إذا كان هناك تعارض ما بين التشريعين . والأستاذ صليب باشا يحدثنا فى مذكرته (ص ٩) أن الحكومة المصرية سارعت فى استصدار الأمر العالى بالتصديق على لائحة بيت المال ، وكان ذلك فى ٢٩ ربيع الثانى سنة ١٢٨٢ ، أى بعد يومين فقط من تاريخ إبلاغ لائحة تركات العيسويين من ناظر خارجية مصر إلى محافظ القاهرة .

فما لائحة بيت المال هذه ؟ والى أى حد كانت أحكامها تتعارض مع أحكام لائحة تركات العيسويين ؟

لائحة بيت المال المشار إليها صدرت فى ١١ ذى الحجة سنة ١٢٧٦ ، ولم يصدق عليها إلا فى ٢٩ ربيع الآخر سنة ١٢٨٢ . والنص الذى يعنينا هو

المادة ٣٢ ، ويقضى بأن « الذين يتوفون ويكونون من رعايا أو حمايات الدول الأجنبية المتحاربة والإيرانلية والمغاربة والأرمن والروم من حماية ورعايا وأقباط هؤلاء لا يصير ضبط متروكاتهم ببيت المال كما هو جار إلا إذا كان يحضر عند الضبط مخاطبات من دواوين الحكومة بإيضاح الموجب للضبط . . . » (انظر أيضا م ١٢ من ذيل اللائحة) .

فنرى من ذلك أن لائحة بيت المال خصت طوائف معينة بألا تضبط تركاتهم فى بيت المال إلا إذا صدرت أوامر بذلك من جهات الحكومة . ويلاحظ أن اختصاص بيت المال مقصور على توزيع التركة على الورثة الثابت ميراثهم شرعا ، إذا كان فيهم غائب أو كان على التركة دين للحكومة أو كانت التركة كلها أو بعضها من حق بيت المال (انظر م ٢ من لائحة بيت المال والمادة ٨ الملغاة بالأمر العالى الصادر فى ٢٣ سبتمبر سنة ١٨٨٨) . فإذا وقع نزاع على الميراث وجبت إحالته على المحكمة الشرعية .

فلائحة بيت المال إذن لا تتعارض مع لائحة العيسويين ، ولا تتعارض بنوع خاص مع الحكم القاضى بأن الوصية لا تجوز إلا فى الثلث ولغير وارث . وهى على كل حال قد ألغيت بإلغاء بيت المال بمقتضى دكريتو ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ .

وأبلغ من ذلك أن التعليمات الموعود بصدورها فى منشور ٧ جمادى الأولى ، وهو المنشور الذى وقف العمل بلائحة تركات العيسويين إلى أن تصدر هذه التعليمات ، قد صدرت بالفعل بأمر عال فى ٤ رمضان سنة ١٢٨٧ .

وقد جاء فى هذا الأمر العالى ما يأتى :

« إنه فى العهد السابق صدر منشور من الداخلية للأقاليم فى سنة ٧٣ بأن مواريث العيسويين ومتروكاتهم يترخص للأساقفة فى سماعها وفصلها على مقتضى قواعد دياناتهم إذا رغبوا المدعيين فصلها عندهم فإن لم يرغبوا ذلك وطلبوا فصلها بمعرفة الشريعة المحمدية فيصير إجابتهم إلى طلبهم ... وبالمداولة والمذاكرة عن ذلك بالمجلس المخصوص رؤى حيث تبين من هذا أن بعض أرباب التركات العيسوية متشكيين من بطريكخاناتهم ويريدوا إحالة فصلها على الشريعة المحمدية .... فلأجل فصل هذه المواد واحقاق الحق يوافق إحالة هذه القضايا على المجلس المحلى .... وما يقتضى الحال للحكم فيه بالوجه الشرعى فيتحول من المجلس المحلى على المجلس العلمى الجارى انعقاده فى مجلس الاستئناف لرؤيتها وفصلها به ويعتمد فيه الحكم بمقتضى الأعلام الشرعى الذى يصدر عن ذلك » (جلاد جزء ٥ الخاص بالأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية ص ١٤٣) .

ويستخلص من هذا الأمر العالى بوضوح تام أن منشور الداخلية الصادر فى سنة ١٢٧٣ كان مؤكدا لأحكام الخط الهمايونى وللائحة تركات العيسويين ، وأن الأمر العالى الذى نحن بصدده يؤكد هو أيضا منشور الداخلية ، ويشير بنوع خاص إلى أن الورثة غير المسلمين يشكون من قضائهم الملى ويؤثرون تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، فيجب الحكم فى قضاياهم بمقتضى هذه الأحكام .

إذن قد صدرت التعليمات الموعود بصدورها ، ولم يعد هناك محل لوقف لائحة تركات العيسويين ، لأن هذه التعليمات تؤكد أحكام اللائحة .

وإذن تكون لائحة تركات العيسويين واجبا سريانها فى مصر ، إذ لم يصدر تشريع مصرى يلغيها أو يعدلها ، بل جاء الأمر العالى الصادر فى ٤ رمضان سنة ١٢٨٧ مؤكدا لأحكامها .

ثانيا — التقاليد القضائية

٢٣ — وقلنا أن الخط الهمايونى يجب أن يفسر أيضا بما استقر من تقاليد قضائية . فقد كانت المحاكم الشرعية فى تركيا تطبق هذا التشريع بكل دقة ، وتنظر فى قضايا الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، وبخاصه فى الوصايا .

وهذا هو الأستاذ الكبير صايب سامى باشا نفسه يحدثنا فى موضعين من مذكرته كيف كان العمل جاريا على تدخل المحاكم الشرعيه فى وصايا المسيحين . فيقول فى ص ١٠ : « ولما اضطربت الإدارة المركزية فى تركيا على أثر الحرب بينها وبين روسيا ، وتراخت رقابة الباب العالى على الولايات ، استبد حكامها ببعض الطوائف المسيحية ، وبخاصة الطوائف التى كانت روسيا تدعى حمايتها ، وجعلت من هذه الحماية سببا لشهر الحرب على تركيا . فكان حكام الولايات يوعزون للمحاكم الشرعية بالتدخل فى وصايا المسلمين ، عملا بمحرر ٧ صفر سنة ١٢٧٨ ، بحجة أن مذكرة الباب العالى الصادرة فى ١٥ مايو سنة ١٨٦٧ لم تنص صراحة على الوصية» . ويقول فى ص

١١ : «وقد حدث بعد ذلك أن تدخل بعض المحاكم الشرعية فى وصايا المسيحيين فاحتج على ذلك بعض الدول» .

٢٤ — ويقول المغفور له ثروت باشا فى مذكرته التى سبقت الاشارة إليها (ص ٤٢) :

"L'histoire des communautés non-musulmanes depuis le Hatt est aussi digne, sinon plus, que leur histoire avant le Hatt, d'être prise en considération : c'est en effet cette histoire qui nous montre la véritable attitude prise par la Turquie vis-à-vis des Patriarches et accaptée par ceux-ci. Or, cette histoire accuse plutôt l'empiètement des Mehkémehs, juridiction de droit commun, sur les Patriarcats dans les affaires qui ont trait au mariage et qui dépendent des lois religieuses que la confirmation de la prétendue compétence exclusive des Patriarcats dans toutes les questions de statut personnel. L'histoire des Hautes circulairés est assez édifiante a cet égard

وسنرى فيما يلى كيف أن التحريرات السامية الصادرة فى سنة ١٨٩١ ، والتى يشير إليها ثروت باشا فى مذكرته ، لم تكن فعلا إلا ثمرة هذا النضال الذى قام بين القضاء الملى لبعض الطوائف وبين المحاكم الشرعية ، وكانت هذه تطبق الخط الهمايونى بدقة تامة كما قدمنا .

٢٥ — ويصف الأستاذ أحمد صفوت بك ، فى كتابه فى القضاء الملى (ص ١١) ، كيف أن المحاكم الشرعية كانت تتعرض للحكم فى دعاوى الأحوال الشخصية لغير المسلمين طبقاً لأحكام الخط الهمايونى ، فيقول :

« فتعرضت المحاكم الشرعية للحكم فى دعاوى بعض المسيحيين الخاصة بالزواج والطلاق والوصايا لالتجاء أحد الخصمين إليها ، أو لعدم اتفاقهما على

تحكيم البطرخانة . فتشكت من ذلك بطريركية الروم ، ثم بطريركية الأرمن ، فصدر منشوران وزاريان لاحقان للخط الهمايونى فى ٤ رجب سنة ١٢٨٥ (٨ أكتوبر سنة ١٨٦٨) و ١٣ شوال ١٢٩١ (٢٠ نوفمبر سنة ١٨٧٤) بمنع المحاكم الشرعية من النظر فى مواد الوصية والزواج والطلاق ، وما يرتبط بها كالمهر والنفقة ، على اعتبار أن هذه الدعاوى دينية وداخلة فى اختصاص البطاركة من قديم الزمن (ab antiquo) لا بمقتضى الخط الهمايونى » . وقال فى موضع آخر (ص ٣٠) : « ولارتباطها (أى الوصية) بدعوى الميراث ، كانت المحاكم الشرعية تحكم فيهما مع دعوى الميراث . فتضرر البطارقة جداً من تعرض المحاكم الشرعية لأمر الوصية ، لأنها كانت تبطل الوصايا للكنائس ، وتشكوا إلى الباب العالى من ذلك . فصدرت من الباب العالى تذكرتان فى ٢٥ مارس و ٢٠ مايو سنة ١٨٨٤ بالرجوع إلى النظام القديم . ثم تكرر تدخل المحاكم الشرعية ، وتكرر تظلم البطاركة » .

أما إن تدخل المحاكم الشرعية يتكرر فهذا معقول ، لأن هذه المحاكم كانت تتمسك فى قضائها بأحكام الخط الهمايونى ، وهذه الأحكام تعطيها حق النظر فى وصايا غير المسلمين . وهى أحكام قائمة لا يلغيها ولا يعدل منها منشوران وزاريان كاللذين صدرا فى ٨ أكتوبر سنة ١٨٦٨ وفى ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٧٤ ، ولا تذكرتان كاللتين صدرتا من الباب العالى فى ٢٥ مارس و ٢٠ مايو سنة ١٨٨٤ . فإن الخط الهمايونى قانون لا يجوز تعديله إلا بقانون مثله . وسنرى فيما يلى كيف أن هذه المنشورات لم تبق طويلا ، بل عمدت وزارة ...

العدلية إلى ألغائها بمنشورات معارضة .

٣٦ — ويصف الأستاذ يونج فى كتابه (جزء ٢ ص ٣) جهود الدولة العلية ، بعد أن أصلحت القضاء فى سنة ١٨٧٩ ، فى التسوية ما بين المسلمين وغير المسلمين فى الأحوال الشخصية ، توحيداً للقضاء ما بين رعايا الدولة الواحدة ، فيقول :

Depuis la dernière réorganisation de la justice en 1879, on a pu remarquer une tendance marquée de la part de la S. Porte à restreindre antant que possible les juridictions privilégiées des Communautés non-musulmanes. On verra... les comflits auxquels cette politique a donné lieu et les résultats obtenus dans cette tentative d'assimiler les sujets ottomans non-musulmans aux musulmans en matière de statut personnel, comme cela a pu être fait en matière civile, en matière commerialė et en matière pénale.

(انظر أيضاً فى هذا الموضوع يونج ٢ ص ١٧ — ص ١٨ وص ٧٨ — ص ٧٩ — سيزوستريس باشا ص ٢٨٣ — ص ٢٨٤) .

٣٧ — فنرى مما تقدم كيف كانت الدولة العلية حريصة جد الحرص على أن تنفذ الخط الهمايونى بروحه ونصه ، وكيف كانت لا تفرط فى هذا التطبيق الدقيق ، وإن كان هذا لم يمنعها من أن تسرف فى مذكراتها السياسية فى العبارات الغامضة المطاطة حتى تمنع تدخل الدولة الأجنبية فى شؤونها .

ثم نرى كيف سارت التقاليد القضائية على هذه الخطة الحازمة دون أن تنحرف عنها . وقد ثبتت المحاكم الشرعية على تطبيق الخط الهمايونى ولائحة ٨ صفر سنة ١٢٧٨ ومنشورى وزير العدل جودت باشا اللذين سيأتى ذكرهما ،

وكلها تجعل الأحوال الشخصية لغير المسلمين من اختصاص المحاكم الشرعية ، بما في ذلك الوصية . والمحاكم الشرعية في ذلك لم تكن إلا مترسمة للفقه الإسلامى ، مهتدية بهديه . فقد علمنا أن الخط الهمايونى لم يكن إلا إصلاحا لتقاليد قضائية خاطئة شاعت قبل صدوره ، ورجوعا إلى الأحكام الصحيحة فى الشريعة الإسلامية .

---

(٣)

التحريرات السامية

---

٢٨ — كان من البديهى أن تقاوم رجال الدين أحكام الخط الهمايونى التى سلبتهم امتيازاتهم الطائفية ، وعفت على هذه التقاليد البالية التى كانت سائدة قبل صدور هذا التشريع . وهى تقاليد إذا كانت تفسرها ظروف العصر الذى نشأت فيه ، فهى لم تعد ملاءمة لمقتضيات تطور المدنية ، ولا متمشية مع سلطان الدولة ، ولا محققة لتوحيد القضاء بين رعايا الدولة الواحدة ، وهى فوق ذلك تصطدم مع أحكام الشريعة الغراء .

لم يكن بد إذن من أن يقوم النضال عنيفاً بين الحكومة العثمانية ، وهى حريصة على تنفيذ أحكام الخط الهمايونى بالدقة الواجبة كما رأينا ، وبين رجال الدين من الطوائف غير الإسلامية يريدون هدم هذه الأحكام والرجوع إلى امتيازاتهم القديمة .

وقد وقفنا على طرف من هذا النضال فيما تقدم . والآن نوالى الحديث

عنه ، فنلم بالظروف التى ساقت إلى صدور التحريرات السامية فى سنة ١٨٩١ ، وهى تحريرات كانت خاتمة نضال عنيف ، استطاعت على أثره طائفتان من الطوائف غير الإسلامية أن تسترد بعض امتيازاتها القديمة بقدر محدود . ولكن الخط الهمايونى بالنسبة للطوائف الأخرى ، وبالنسبة لهاتين الطائفتين نفسيهما فيما عدا الامتيازات المحدودة التى استردتها . بقى قائما يعمل بأحكامه إلى يومنا هذا .

٢٩ — كان الغرض من إصدار الخط الهمايونى الرجوع بالتنظيم القضائى فى الدولة العلية إلى حالة تتفق مع ما ينبغى أن تكون عليه دولة متمدينة تحرص على سلطانها وعلى توحيد قضائها . ولكن طائفتين من الطوائف غير الإسلامية تميزتا بمناصبة هذا النظام الجديد العداء وباللدد فى خصومته ، وهما طائفتا الروم الأرثوذكس والأرمن الأرثوذكس .

أما الطائفة الأولى فقد نالت انتصارا وقتيا ، إذ صدر منشور وزارى — ليست له قوة القانون — فى ٨ أكتوبر سنة ١٨٦٨ يرد إليها بعض امتيازاتها القديمة السابقة على الخط الهمايونى ، وقد جاء فى هذا المنشور ما يأتى : «أنه بناء على التقارير التى قدمتها بطريركية الروم بأن بعض القضاة يتدخلون فى الدعاوى الدينية مثل الوصية وعقد الزواج وهدايا الخطبة وأمثالها ، وطلبت منع التدخل . وحيث أنه بحسب النظام الحالى تكون هذه الدعاوى الدينية عائدة على البطريكخانة ، ويمنع تدخل المحاكم الأخرى فيها » .

كذلك نالت الطائفة الثانية انتصارا وقتيا بمنشور وزارى آخر ليست

له قوة القانون ، صدر فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٧٤ (انظر مجموعة جلاد جزء ١ ص ٦٦١ — ص ٦٥٢) .

ولكن هذا الانتصار كان وقتيا كما قدمنا . إذ ما لبث جودت باشا ، وقد كان وزيرا للعدلية فى سنة ١٨٨٣ ، أن أصدر فى تلك السنة منشورين وزاريين يثبت فيهما أحكام الخط الهمايونى ، ثم عاد وزيرا للعدلية فى سنة ١٨٨٨ فأعاد إصدار هذين المنشورين بعد وقفهما . فثار رجال الدين على أثر ذلك ، ولجأوا إلى عقوبة الحرمان يوقعونها على الكنائس فى تركيا ، (انظر فى تاريخ هذا النضال يونج ٢ ص ١٦ — ١٧ و ص ٧٨ — ص ٧٩ — سيزوستريس باشا ص ٢٨٥) ، وبقى النضال محتدما حتى أصدرت الدولة العلية التحريرات السامية الثلاثة التى تتناولها الآن بالبيان .

٣٠— ويجب أن نلاحظ ، قبل أن نعرض لنصوص هذه التحريرات السامية ، الظروف التى صدرت فيها ، فقد كانت الدولة العلية كارهة كل الكره أن يرجع للطوائف غير الإسلامية امتيازاتها القديمة . و إذا كانت قد رضيت ، تحت الضغط ، بأن ترجع بعض هذه الامتيازات لطائفتين منها ، فلا يجوز ، طبقا لقواعد التفسير الصحيحة ، أن تفسر النصوص التى أرجعت هذه الامتيازات بأى توسع ، بل يجب الوقوف عند المعنى المحدد الذى تفيده هذه النصوص ، فإن المشرع لم يكن يقصد إلا هذا المعنى .

ونستعرض الآن التحريرات السامية بادئين بالتحرير السامى الصادر بشأن الروم الأرثوذكس .

٣١ — صدر هذا التحرير فى جمادى الثانية سنة ١٣٠٨ (٣ فبراير سنة ١٨٩١) وننقل من عباراته ما يعنينا فى موضوعنا .

«أنه بناء على التقارير التى قدمتها بطريكخانة الرووم باستدعاء دوام حفظ امتيازاتها القديمة المذهبية فى شأن النفقة (تراخومة) والمهر المتولدة من عقد وفسخ النكاح ودعوى الجهاز بقصد إجراء القرارات التى تصدر من البطريكخانة كما كان ، وفى مادة الوصاية ، وأصول تفتيش مكاتب الروم ، وفى أمر تحليف الرهبان وفى توقيفهم ومحاكمتهم بناء على الأمور الجزائية ، فتطبيقاً لما صار تبليغه للبطريكخانة بتواريخ مختلفة . . . يقتضى مراعاة المعاملة القديمة فى رؤية دعاوى النفقة والتراخومة المتولدة من مواد عقد النكاح وفسخه ودعاوى الجهاز بالبطريكخانة متى كانت بالاستانة العليــة وبالمتروبوليدخانة متى كانت بالخارج ... ... » .

« أما مسألة الوصاية ، فهذه مع كونها من الأمور الحقوقية ، ولما كان أمر تدقيق المنازعات المتعلقة بها وتسويتها مما يقتضى النظر فيه بمجلس البطريكخانة المختلط كما هو مقتضى أحكام المـادة الثالثة من نظامنامة البطريكخانة . . . . فالوصاية التى تظهر بتركة من يعقب ورثة صغار أو كبار من المسيحيين ، متى كانت مصدق عليها من البطريق أو من المتروبوليد أو البسقيوس تكون معتبرة بالمحكمة ، ومع استثناء الأراضى الأميرية والأوقاف فكل ما كانت مشتملة عليه من المال أو الملك يصير تركة للموصى له بها بلا وضع يد عليه . وما يتوقع من المنازعات بين الورثة أو وصى الورثة

الصغار فى شأن الوصاية أو فيما ينبعث عنها من جهة اعتبارها وعدمه ، فكما أنه ينبغى أن ينظر ذلك فى مجلس البطريكخانة المختلط بالاستانة العلية بمقتضى المادة الثالثة من نظامنامتها ، فكذلك ينظر فى مجلس المتروبولينخانة بالولايات . ويصير تنفيذ الأعلامات التى تصدر من المجالس المذكورة بدوائر الإجراء لدى الحكومة . غير أنه لما كان هذا القرار عائداً على طائفة الروم الأرثوذكس ، فإذا كان بعض الورثة منسوب لطائفة غير هذه الطائفة أو كان من التبعة الأجنبية . . . فالدعاوى المنبعثة من مثل هذه الوصاية يكون النظر فيها من خصائص محاكم الدولة العلية » . ثم يلى ذلك كلام عن المدارس وعن يمين الرهبان ومحاكمتهم .

(انظر جلاد جزء ٥ ص ٢٢٣ — ص ٢٢٥ — يونج جزء ٢ ص ١٩ — ص ٢١) .

٣٢ — ويتبين من هذه النصوص ما يأتى :

(١) إن هذا التحرير السامى أحكامه مقصورة على طائفة الروم الأرثوذكس دون غيرهم من الطوائف غير الإسلامية . فهو ينص بصريح العبارة على « أنه لما كان هذا القرار عائداً على طائفة الروم الأرثوذكس الخ الخ . . » .

(٢) إن المراد بهذا التحرير السامى إرجاع بعض « امتيازات قديمة مذهبية » . فلابد إذن من التسليم بأن هذه الامتيازات القديمة كانت قد زالت ، ويراد إرجاعها من جديد . وهى بالفعل قد زالت بمقتضى أحكام الخط

الهمايونى كما قدمنا ، ثم رجعت بمقتضى أحكام هذا التحرير .

(٣) لا يُرجع التحرير السامى من هذه الامتيازات ، فيما يتعلق بالأحوال الشخصية ، إلا مسائل معينة حددت على سبيل الحصر . وهى مسائل النفقة والمهر والجهاز من جهة ومسألة الوصية من جهة أخرى .

(٤) أما مسائل النفقة والمهر والجهاز ، فقد كانت بمقتضى أحكام الخط الهمايونى تنظر أمام المحاكم الشرعية ، إلا إذا كان الخصوم من ملة واحدة وتراضوا على قضاء ملتهم . والذى استحدثه التحرير السامى فى ذلك هو أن تكون هذه المسائل من اختصاص القضاء الملى للروم الأرثوذكس ، إذا كان الخصوم جميعاً من الروم الأرثوذكس ، تراضوا على ذلك أو لم يتراضوا .

(٥) أما مسألة الوصية ، فقد خصها التحرير السامى بنصوص غير تلك التى تناول فيها مسائل النفقة والمهر والجهاز . ونوه بأنها تختلف عن هذه المسائل فى أنها « من الأمور الحقوقية » ، أى من المسائل المدنية . ولكن هل جعلها ، بالرغم من ذلك ، من الاختصاص الإجبارى للقضاء الملى إذا كانت الورثة الموصى لهم جميعاً من الروم الأرثوذكس ؟ هذا هو الأمر المبهم فى التحرير السامى . والعبارات التى وردت فى هذا الشأن تتحمل تأويلين :

التأويل الأول : أن القضايا الخاصة بالوصية أصبحت من الاختصاص الإجبارى للقضاء الملى للروم الأرثوذكس ، تراضى الخصوم على ذلك أو لم يتراضوا . فقد ورد فى التحرير المذكور أن « ما يتوقع من المنازعات بين الورثة أو وصي الورثة الصغار فى شأن الوصاية أو فيما ينبعث عنها من جهة

اعتبارها وعدمه ، فكما أنه ينبغى أن ينظر ذلك فى مجلس البطريكخانة المختلط الخ الخ » .

والتأويل الثانى أن التحرير السامى لم يتناول الوصية إلا من ناحية الشكل وحده . فهو ينص على أن الوصية يجب أن يكون مصدقا عليها « من البطريق أو من المتروپوليد أو البسقيوس » حتى تكون معتبرة بالمحكمة » ، أى المحكمة الشرعية ، فقضايا الوصية إذن يجب أن تبقى من اختصاص المحاكم الشرعية من ناحية الموضوع ، وتصبح من اختصاص القضاء الملى من ناحية الشكل (انظر من هذا الرأى الدكتور حسن بغدادى فى رسالته التى سبقت الإشارة إليها ص ١٥١) .

ونميل للأخذ بالتأويل الثانى لظهور حجته ، ولأننا قدمنا أن التحريرات السامية التى صدرت فى سنة ١٨٩٥ يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً ، نظراً لما أحاطها من ظروف وما اقترن بها من ملابسات .

ومهما يكن من أمر ، فإن الأخذ بالتأويل الأول ، والقول بأن القضاء الملى للروم الأرثوذكس هو المختص وحده بقضايا الوصية ما بين الروم الأرثوذكس ، ليس معناه أن هذا القضاء فى نظره لصحة الوصية يجوز له أن يتخطى قواعد الميراث ، إذا لم يتفق الخصوم جميعاً على تخطيها . ذلك لأن هذه القواعد يجب أن تكون هى أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى الخط الهمايونى ، مالم يتراض الخصوم على قواعد ملتهم . ولم يعدل تحرير ٣ فبراير سنة ١٨٩١ الخط الهمايونى فى مسائل الميراث ، فيبقى هـذا الخط ساريا . ومن

قواعد الميراث الأساسية فى الشريعة الإسلامية أن يكون للوارث جزء من التركة لا تنفذ فيه الوصية réserve légitime ، وهذا الجزء هو ثلثا التركة ، فلا تجوز الوصية إلا فى الثلث ولغير وارث ، وسنبين ذلك بتفصيل أوفى فيما يلى . لذلك ، يكون من المحقق أنه ، حتى لو سلمنا باختصاص القضاء الملى للروم الأرثوذكس بقضايا الوصية طبقاً للتحرير السامى ، يكون من الواجب على هذا القضاء أن يطبق هذه القاعدة الأساسية .

٣٣ — ثم يأتى التحرير السامى الثانى الصادر للأرمن الأرثوذكس فى ٢١ شعبان سنة ١٣٠٨ (أول أبريل سنة ١٨٩١) . وننقل ما يعنينا من نصوصه .

« لما كان من مقتضى القرارات المتخذة طبقاً لما صار أجراؤه من التوقيعات والمذاكرات فيما التمسته بطريكخانة الأرمن من دوام المحافظة على امتيازاتها المذهبية .... »

« وإذا دعت الحال لإيقاف أحد الرهبان ومحاكمته ... ... فيجرى إيقافهم بالبطريكخانة ... ... ثم حيث أنه حاصل من الرهبان امتناع عن أداء اليمين ... ... » .

« ولما كانت أمور النفقات المتولدة عن مواد عقد الأنكحة وفسخها جار رؤيتها من القديم ab antiquo بالبطريكخانة فى الاستانة العلية أو بالمرخصة خانة فى الخارج ، فمع مراعاة هذه المعاملة القديمة بعد الآن ..... »

« وحيث كان من الأصول الجارية قديما أن يصير الاستعلام من البطريكخانه عن أرباب المواريث فى دعاواهم التى تنظر لدى المحاكم الشرعية

فمن الآن فصاعدا أيضاً تراعى هـذه الأحوال » .

(جلاد ٥ ص ٢٢٥ — ص ٢٢٧ — يونج ٢ ص ٩٢ — ٩٤) .

٣٤ — ويستخلص من هذه النصوص النتائج الآتية :

(١) إن تحرير أول أبريل سنة ١٨٩١ مقصور هو أيضاً على طائفة الأرمن الأرثوذكس ، فقد صدر هذا التحرير بشأنها ، وبناء على ما التمسته من « دوام المحافظة على امتيازاتها المذهبية » . وهو أيضاً رجوع إلى امتيازات قديمة كانت قد زالت بمقتضى أحكام الخط الهمايونى .

(٢) مسألة الرهبان ، من حيث حلف اليمين أمام القضاء ، ومن حيث التحقيق معهم ومحاكمتهم ، قد تكررت فى التحريرين الساميين ، وكانت من المسائل البارزة فيهما .

(٣) « الامتيازات المذهبية » التى أرجعها تحرير أول أبريل سنة ١٨٩١ للأرمن الأرثوذكس ، فيما يتعلق بالأحوال الشخصية ، أضيق بكثير من تلك التى أرجعها تحرير ٣ فبراير سنة ١٨٩١ للروم الأرثوذكس ، وذلك من وجهين :

(أولا) مسائل الأحوال الشخصية المحضة لم يرجع منها إلى الاختصاص الإجبارى للقضاء الملى غير مسائل النفقات . ولم يعرض تحرير أول أبريل لمسائل المهر والجهاز كما عرض تحرير ٣ فبراير ، فتبقى هذه المسائل الأخيرة ، بالنسبة للأرمن الأرثوذكس ، خاضعة كما كانت لأحكام الخط الهمايونى ، أى أنها تكون من اختصاص المحاكم الشرعية ، إلا إذا كان الخصوم كلهم من الأرمن الأرثوذكس وتراضوا على قضاء ملتهم .

(ثانياً) مسائل الوصايا ، وهى التى تعنينا بوجه خاص ، لم يجعلها تحرير أول أبريل من الاختصاص الإجبارى للقضاء الملى للأرمن الأرثوذكس . وهـذه مسألة جوهرية ينبغى الالتفات إليها . فما زالت وصايا الأرمن الأرثوذكس من اختصاص المحاكم الشرعية ، إلا إذا اتفق الخصوم جميعاً على قضائهم الملى ، وذلك تطبيقاً لأحكام الخط الهمايونى .

ولم يعرض تحرير أول أبريل سنة ١٨٩١ للوصايا أصلا . وإنما عرض للمواريث ، وعرض لها ليقرر ، من الناحية الإدارية المحضة ، إن الورثة يستعلم عنهم من البطرخانة فى « دعاواهم التى تنظر لدى المحاكم الشرعية » . وهذا هو النص بأكمله نعيده ، وننقل ترجمته بالفرنسية لأهميته :

« وحيث كان من الأحوال الجارية قديما أن يصير الاستعلام من البطريكخانة عن أرباب المواريث فى دعاواهم التى تنظر لدى المحاكم الشرعية ، فمن الآن فصاعدا أيضاً تراعى هذه الأحوال » .

"Les tribunaux du Chéri dans les affaires de succession, ayant, ab antiquo, pour règle de demander au Patriarcat des informations sur les héritiers, on continuera également à suivre désormais cette procédure." (Young II b. 93).

فواضح أن المراد من هذا النص الرجوع إلى عادة قديمة ، هى أقرب ما يكون عندنا فى مصر إلى التحرى من جهات الإدارة عن الورثة قبل صدور أعلام شرعى بهم . وكانت المحاكم الشرعية فى الدولة العلية تطلب فى القديم هـذه التحريات من البطرخانة ، فأريد بها أن تعود إلى هذا الإجراء من جديد . وأما اختصاصها فى المواريث فلا شك فيه ، ويشهد به نص التحرير السامى نفسه إذ يقول « دعاواهم التى تنظر لدى المحاكم الشرعية » .

ثبت إذن أن تحرير أول أبريل سنة ١٨٩١ لم يغير من أحكام المواريث شيئاً ، ولم يعرض للوصايا إطلاقا . فلا زالت المواريث والوصايا بالنسبة للأرمن الأرثوذكس من اختصاص المحاكم الشرعية ، إلا إذا تراضوا على قضاء ملتهم .

٣٥ — هذا هو ما جاء فى التحريرين الساميين ، وهو مقصور كما رأينا على طائفتى الروم الأرثوذكس والأرمن الأرثوذكس ، ولم يعمم على غيرهما من الطوائف غير الإسلامية . والتعميم المزعوم خطأ ذاع وانتشر ، حتى وقع فيه القضاء والتشريع ، وكان سبباً فى الاضطراب الذى أحاط بهذا الموضوع . وقد كان لمحكمة النقض الفضل العظيم فى الكشف عن هذا الخطأ الشائع وفى رد الأمور إلى نصابها فى حكمها المشهور الصادر فى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ .

ذلك أنه لما صدر التحريران الساميان المتقدما الذكر ، أرسلهما الباب العالى لجهات الدولة ، مشفوعين بتحرير سام ثالث هذا نصه : « سبق تبليغ دولتكم القرارات المتخذة تأييداً لمحفوظية الامتيازات المذهبية الحائزة لها كل من بطريكخانة الروم والأرمن بمقتضى براآت عالية ، وتوفيقاً لعالى منطوق الإرادة السنية الشاهانية التى صدرت بعد الاستئذان بما استنسبه مجلس الوكلاء المخصوص بقطعتى التحريرات العمومية الصادرتين فى ٢٧ جمادى الآخر ٢١ شعبان سنة ١٣٠٨ . وحيث أن ما ينبغى مراعاته من التعهدات المذكورة وتعين بالتحريرات العمومية السالف ذكرها من جلب واستنطاق وتوقيف

الرهبان لأجل المواد الحقوقية والجزائية وتحليفهم اليمين عند الاقتضاء في

دعاوى النفقات المتولدة عن عقد وفسخ الأنكحة يكون بالطبع شاملا لسائر

الملل الغير المسلمة ، فقد استنسب إجراء المعاملات فى مثل هذه الأحوال توفيقاً للأصول المذكورة ، وصار تبليغ ذاك لجهات الاقتضاء . وهذا أيضاً لدولتكم لإجراء مقتضاه » .

(جلاد ٥ ص ٢٢٧ — والأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية لجلاد ص ١٩٦) .

ثم أبلغ الباب العالى مصر بهذه التحريرات السامية الثلاثة عن طريق المعية السنية . وهذه أبلغتها إلى نظارة الداخلية فى ٢٤ ذى القعدة سنة ١٣٠٨ بالعبارات الآتية .

« بناء على ما ورد من نظارة الداخلية بتاريخ ٤ شعبان سنة ١٣٠٨ ، بشأن ما حدث من الإشكالات فى إجراء الأحكام المتعددة الصادر بها الإعلانات من البطريكخانة الأرمن الكاثوليك غيابياً وحضوريا فى الدعوى التى أقامتها الست روزينة بنت مارديروس ضد زوجها سليم فرج افندى القاضى بمحكمة طنطا الأهلية ، وطلب المخابرة مع جهة اللزوم لأجل الحصول على معرفة درجة الحدود الحائزة لها البطريكخانة فيما تصدره من الإعلامات والأحكام ، حتى بذلك تندفع المشاكل الحاصلة فى تنفيذها ، كتب من طرف الحضرة الفخيمة الخديوية إلى نظارة العدلية الجليلة بما لزم فى ذلك ، فوردت مكاتبتها بتاريخ ١٩ شوال سنة ١٣٠٨ ومعها ثلاث صور

مطبوعة من التحريرات السامية العمومية الصادرة بتواريخ مختلفة فى شأن الامتيازات المذهبية الخاصة ببطريكخانة الروم والأرمن . وما تقرر فى شأنها أخيراً ، وما يتعلق بجلب الرهبان للمحاكم ، واستنطاقهم وتوقيفهم وتحليفهم على حسب دواعى الأحوال ، وما تقرر فى دعاوى النفقات بحيث أن ذلك يكون عمومياً فى حق الجماعات الغير المسلمين لاتخاذها دستوراً للعمل فى مثل هذه الأحوال . وها هى الصور المذكورة مرسلة مع هذا لصوب سعادتكم لإجراء اللازم فيها حسب ما تقتضيه الحال : افندم » ، جلاد ٥ ص ٢٢٧ — والأحوال الشخصية للطوائف الإسلامية لجلاد ص ١٩٦ — ص ١٩٧ — والمعاهدات والفرمانات لجلاد سنة ١٨٩٢ ص ١٤٥) .

ويتبين من هذه الإفادة الأخيرة أن السبب فى تبليغ التحريرات السامية الثلاثة إلى مصر هو أن نظارة الداخلية المصرية طلبت من المعية السنية أن تستعلم من الباب العالى عن التشريعات العثمانية السارية على الطوائف غير الإسلامية بمناسبة قضية أثارت إشكالات معقدة . فلما استعلمت المعية عن ذلك ، أبلغها الباب العالى هذه التحريرات ، وبلغتها بدورها إلى نظارة الداخلية . ولكنها لم توضح تماما ما الذى عمم بمقتضى التحرير السامى الثالث ، فقد ذكرت عبارة : « وما تقرر فى شأنها أخيراً » مما يوهم أن كل ما ورد فى التحريرين الساميين قد عمم على الطوائف غير الإسلامية . ولكن العبرة بما ورد فى التحرير السامى الثالث نفسه ، لا بالافادة التى بلغ بها ، وهذا التحرير نجده واضحاً فى معناه ، وأن المراد تعميمه

على جميع الطوائف غير الاسلامية هو الجزء الخاص بجلب واستنطاق وتوقيف الرهبان وتحليفهم اليمين ودعاوى النفقات ، أما الوصية فلم يرد بشأنها أى تعميم .

ويقطع فى ذلك الترجمة الدقيقة للأصل التركى للإفادة الواردة من الباب العالى إلى المعية السنية ، وقد وردت فى مذكرة النيابة (ص ٣٩) كما يأتى . « وأن القرار الخاص — من القرارات المذكورة — بالأحوال اللازم مراعاتها فى دعوة القسس يشتمل سائر الجماعات غير الإسلامية . » : وترجمتها بالفرنسية :

"... et généralisant aux autres communautés religieuses non-musulmanes celles des règles contenues dans les dites décisions ayant trait à la convocation des monies ..."

(وانظر أيضاً نفس التحرير السامى الثالث مترجماً ترجمة دقيقة من التركية إلى العربية والفرنسية فى مذكرة النيابة ص ٤٠ و ص ٢٩ ، وكذلك إفادة المعية السنية لنظارة الداخلية المصرية فى ٢٤ ذى القعدة سنة ١٣٠٨ مترجمة ترجمة دقيقة من التركية إلى الفرنسية فى مذكرة النيابة ص ٣٠ ، وقد وردت فيها هذه العبارة :

"... aux résolutions prises dernièrement au sujet de ces privilèges relativement a la comparution des religieux ..."

٣٦ — فالنصوص العربية التى نقلناها عن مجموعة جلاد واضحة كل الوضوح فى أن التعميم لم يتناول إلا مسألتى الرهبان والنفقات دون غيرها

من المسائل ، ولم تدخل الوصية قطعاً فى هذا التعميم . والأصل التركى للتحرير السامى الثالث هو أيضاً واضح كل الوضوح فى هذا المعنى . فكيف وقع إذن هذا الخطأ الذى كانت له أوخم العواقب ، وترتب عليه أن وقع القضاء المصرى والمشرع المصرى ذاته فى نفس الخطأ ، وشاع الاعتقاد أن التحرير السامى الثالث عمم جميع الأحكام الواردة فى التحريرين الأولين ، بما فى ذلك أحكام الوصية ، على جميع الطوائف غير الإسلامية ؟

تجيب محكمة النقض على هذا السؤال بما يأتى : « فلما صدر هذان الأمران (أى التحريران الساميان الأولان) للبطركتين المذكورتين ، أرسلا لجهات الدولة بمحرر من الباب العالى ، ورد فيه : إن ما كان من الأحكام التى جاءت فى هذين الأمرين متعلقا بجلب واستنطاق الرهبان وتوقيفهم (حبسهم) فى المواد الحقوقية والجزائية وتحليفهم اليمين ، وبدعاوى النفقات المتولدة من عقد وفسخ الأنكحة يكون بالطبع شاملا لسائر الملل الغير المسلمة . ولم يرد فى هذا المحرر الأخير شىء يجعل الحكم الخاص بالوصية ، والوارد بالمحرر الأول الصادر لبطركخانة الروم الأرثوذكس ، عاما أيضاً شاملا لسائر الملل الأخرى الغير المسلمة . لكن الباحثين الذين تناولوا هذا الموضوع من قبل هم والمحاكم التى نظرت فيه ، قد التبس عليهم الأمر بسبب سوء الترجمة من العربية أو من التركية للفرنسية ، أذ بدل أن يذكر فى ترجمة محرر الباب العالى الأخير أن العام الشامل هو ما كان من الأحكام متعلقا بكيت وكيت (relativementà) ، ذكر فيها خطأ أن العام الشامل هو الأحكام الوصية الواردة بتلك المحررات مثل كيت وكيت...(telles que) . بهذه الترجمة السيئة صار

تعميم أحكام الوصية الواردة بالمحرر الخاص ببطرخانة الروم الأرثوذكس التى بالاستانة بين كل الطوائف غير المسلمة فى كافة بلاد الدولة ومنها مصر .
ولكن الحق أحق أن يتبع ، فإن أصل المحرر التركى الوارد من الباب العالى موجود بدفترخانة الديوان الملكى بعابدين ، وهو دال على أن أحكام الوصية تلك لم تعم ، وأن الترجمة للفرنسية خاطئة » .

(انظر أيضاً فى هذا المعنى الأستاذ أحمد صفوت بك فى كتابه قضاء الأحوال الشخصية للطوائف الملية ص ٣١ — ص ٣٢) .

٣٧ — فالفضل يرجع لمحكمة النقض فى الكشف عن هذا الخطأ .
ومما يستحق الذكر أن محكمة النقض السورية فى حكم لها صدر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٣٠ (جازيت المحاكم المختلطة ٢١ ص ١٤٣) وصلت فى شأن هذا التعميم الخاطئ إلى نفس النتيجة التى وصلت إليها محكمة النقض المصرية ، وقد جاء فى أسباب حكم محكمة النقض السورية ، نقلا عن الجازيت ، ما يأتى :

"Attendu que, d'autre part, l'ordre viziriel ne visait que les testaments des Grecs et non ceux des autres chrétiens de l'Empire dont les contestations résultant de leurs testaments continuent à appartenir aux Tribunaux de l'Etat, tout comme les Grecs eux-mêmes quand tous les héritiérs ne sont pas du même rite."

وكان من السهل على محكمة النقض السورية ، وهى تستطيع أن ترجع مباشرة إلى الأصل التركى ، ألا تقع فى خطأه مصدره منتف عندها ، وهو هذا التبليغ الصادر من المعية السنية وترجمته الفرنسية الخاطئة .

٣٨ — على أنه من السهل أن نقطع منطقياً بوقوع هذا الخطأ ، وبأن

التحرير الذى عممت أحكامه على الطوائف غير الإسلامية إنما هو التحرير الثانى الذى اقتصر على مسألتى الرهبان والنفقات ، دون التحرير الأول الذى تناول مسألة الوصية . إذ لو كان المراد تعميم أحكام التحرير الأول ، وهو يتناول مسائل الرهبان والنفقات والمهر والجهاز والوصية ، على جميع الطوائف غير الإسلامية ، لكان من غير المفهوم أن يصدر التحرير الثانى لطائفة الأرمن الأرثوذكس مقصوراً على مسألتى الرهبان والنفقات ، لأن هذه الطائفة كغيرها من سائر الطوائف تكون قد انتفعت بتعميم التحرير الأول ، وهو يرد إليها امتيازات مذهبية أوسع نطاقا من الامتيازات التى يردها التحرير الثانى ، فلا تكون فى حاجة إلى هذا التحرير الأخير !!

٣٩ — يخلص لنا من كل ذلك النتائج الآتية :

١ — أن الخط الهمايونى لا يزال هو القانون الأساسى للطوائف غير الإسلامية ، ولم تعدل أحكامه إلا بالنسبة لطوائف معينة وفى مسائل محدودة . فجميع دعاوى الأحوال الشخصية لغير المسلمين — فيما عدا طوائف معينة — هى كمبدأ عام من اختصاص المحاكم الشرعية ، إلا إذا اتحدت ملة الخصوم ، وتراضوا على قضائهم الملى .

٢ — ويستثنى من المبدأ المتقدم دعاوى النفقة ، فهى بالنسبة لجميع الطوائف ، بعد أن عمم تحرير أول أبريل سنة ١٨٩١ ، من الاختصاص الإجبارى للقضاء الملى ، متى كان الخصوم جميعاً من ملة واحدة .

٣ — ويستثنى أيضاً ، بالنسبة لطائفة الروم الأرثوذكس وحدها ،

دعاوى المهر والجهاز ، وكذلك الوصية (على خلاف فى الرأى) . فهذه تدخل فى الاختصاص الإجبارى للقضاء الملى للروم الأرثوذكس . على أن هذا القضاء ، إذا دخلت الوصية فى إختصاصه ، يجب عليه أن يجرى حكم القاعدة التى تقضى بأن الوصية لا تجوز إلا فى الثلث ولغير وارث .

أما الطوائف التى صدر بتنظيم قضائها الملى تشريعات مصرية فسيأتى الكلام عليها فيما يلى .

٤٠ — هذه هى أحكام التشريعات العثمانية . ومنها نرى أن الوصية بوجه عام تدخل فى إختصاص المحاكم الشرعية وتجرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية .

وهذه نتيجة يؤيدنا فيها كبار المؤلفين :

انظر يونج جزء ١ ص ٣٢٢ هامش رقم ٢ (وهو يستعرض الطوائف غير الاسلامية ويقرر أن الوصية بالنسبة لأكثر هذه الطوائف تدخل فى اختصاص المحاكم الشرعية) .

وانظر جانسكى وهو معاصر للعهد الذى صدرت فيه هذه التشريعات العثمانية ، فلشهادته قيمة كبيرة فى هذا الصدد (وقد نقل أقواله الدكتور حسن بغدادى فى كتابه المشار اليه ص ١٥٣) .

وانظر مذكرة المغفور له ثروت باشا ص ٤٤ .

وهى نتيجة تؤيدنا فيها أيضا البراءات الملوكية لتعيين البطاركة (انظر مذكرة النيابة ص ٢٨ — ص ٢٩) .

الباب الثالث

الباب الثالث

التشريعات المصرية

التى تنظم القضاء الملى

---

٤١ — ننتقل الآن إلى التشريعات المصرية التى صدرت فى مسائل الأحوال الشخصية لتنظم القضاء الملى للطوائف غير الإسلامية .

وهذه يمكن تقسيمها إلى قسمين :

(١) تشريعات عامة . وهى التى وردت فى التقنينات المصرية وملحقاتها .

(٢) وتشريعات خاصة . وهى التى وردت فى القوانين الخاصة بالطوائف الملية .

---

(١)

التشريعات العامة

---

٤٢ — نجد هذه التشريعات فى لائحة ترتيب المحاكم المختلطة (م ٩ فقرة أولى) ، وفى التقنين المدنى المختلط (م ٤ فقرة أولى وم ٧٧—٧٨ وم ١٩٠)

ونجدها فى لائحة ترتيب المحاكم الأهلية (م ١٦ فقرة ٢ و ٣) . وفى التقنين المدنى (م ٥٤ — ٥٥ و م ١٣٠) .

ثم نجدها فى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٧ (م ٢٧ — ٢٩) ، وفى القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ (م ١ — ٣) .

٤٣ — وقبل أن نستعرض نصوص هذه التشريعات يجب أن نتقدم بملاحظة جوهرية . فكل هذه النصوص لاشأن لها أصلا بالتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية فى مصر . وهى لا تعرض إلا للتنازع الدولى ما بين القانون المصرى بوجه عام والقوانين الأجنبية .

هذه الملاحظة الجوهرية إذا لم تبسط بسطا كافيا ، كان الخطأ فى تفهمها سببا للأخطاء الكثيرة الشائعة التى نراها تحيط بهذا الموضوع ولعل هذا الخطأ ، هو والخطأ الآخر بشأن التعميم المزعوم لأحكام التحرير السامى على جميع الطوائف غير الإسلامية ، هما مصدر الارتباك والاضطراب اللذين صاحبا موضوعنا هذا مدة طويلة ، وجاوز هذا التشويش القضاء إلى التشريع ، حتى أتى حكم محكمة النقض المشهور فى سنة ١٩٣٤ ، فوضع حدا لكل هذا الاضطراب ، واستقر التعامل على أساس قانونى صحيح .

ذلك أن مصر ، ككل بلد آخر ، يتنازع قانونها مع القوانين الأجنبية فى الأقضية التى تنطوى على عنصر أجنبى . وهذا هو التنازع الدولى للقوانين . وهو موضوع دراسة القانون الدولى الخاص .

ومصر فى الوقت ذاته مسرح لتنازع من نوع آخر ما بين القوانين .

فأن القانون المصرى العام للأحوال الشخصية ، وهو الشريعة الإسلامية ، يتنازع معه فى التطبيق قوانين الأحوال الشخصية الأخرى للطوائف غير الإسلامية . وهذا هو التنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية . وقواعد هذا التنازع الداخلى ليست هى قواعد التنازع الدولى ، بل تختلف عنها فى كثير من الأحكام .

فقواعد التنازع الدولى نجدها فى نصوص التشريعات المصرية العامة التى نحن بصددها . أما قواعد التنازع الداخلى فنجدها فى التشريعات الخاصة بالطوائف غير الإسلامية وهى التشريعات التى سيأتى بيانها فيما يلى .

ونستعرض الآن نصوص التشريعات العامة :

أولا — التشريع المختلط

٤٤ — لا شك فى أن التشريع المختلط تظهر فيه صحة ما قدمناه بوضوح تام . فأن هذا التشريع أعد ليطبق على الأجانب من ذوى الامتيازات فى علاقاتهم مع المصريين وفى علاقاتهم بعضهم مع البعض الآخر . لذلك لا تعرض على المحاكم المختلطة قضية إلا وفيها عنصر أجنبى . ومتى وجد العنصر الأجنبى كان هذا مثاراً فى كثير من الأحوال للتنازع الدولى ما بين القوانين. فتكفل التشريع المختلط بإيجاد حلول رئيسية لهذا التنازع . و نقتصر هنا على ما يتعلق منها بالأحوال الشخصية .

٤٥ — بدأ التشريع المختلط بتحديد نطاق الأحوال الشخصية ليخرج هذه المسائل من اختصاص المحاكم المختلطة .

فنصت المادة ٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة على ما يأتى :

Ces tribunaux connaîtront seuls des contestations en matière civile et commerciale entre indigènes et étrangers de nationalités différentes, en dehors du statut personnel.

ونصت المادة ٤ من التقنين المدنى المختلط على ما يأتى :

Les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes, au statut matrimonial, aux droits de succession naturelle ou testamentaire, aux tutelles et curatelles, restent de la compétence du juge du statut personnel.

ويلاحظ فى هذا الشأن أمور ثلاثة :

١ — أن نطاق الأحوال الشخصية كما حدده التشريع المختلط هو النطاق الذى رسمه فى دائرة التنازع الدولى للقوانين ، لا التنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية . وهناك فرق كبير بين النطاقين . والفضل فى هذا التمييز الأساسى يرجع للدكتور حسن بغدادى فى رسالة قيمة وضعها فى التمييز ما بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية فى مصر ، وهى الرسالة التى أشرنا إليها فيما تقدم . فعبارة الأحوال الشخصية ، إذا استعملت فى ميدان التنازع الدولى ما بين القوانين ، يكون لها معنى غير المعنى الذى يكون لها إذا هى استعملت فى ميدان التنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية . وإذا قيل أن القضاء الملى يختص بنظر مسائل الأحوال الشخصية ، فإن هذه المسائل ذات مدى أضيق بكثير من المدى الذى يكون لمسائل

الأحوال الشخصية فى ميدان التنازع الدولى . فالمواريث والوصايا مثلا تدخل قطعاً ضمن مسائل الأحوال الشخصية فى ميدان التنازع الدولى ، ولكنها تخرج عن هذا النطاق ، وتبقى فى اختصاص المحاكم الشرعية ، إذا نحن عرضنا للتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية .

(انظر رسالة الدكتور بغدادى ص ٣٦٩ — ص ٣٧٣) .

(٢) أن التشريع المختلط عند ما ترك ما تركه من المسائل لقاضى الأحوال الشخصية ، لم يعن بذلك أنه ترك هذه المسائل للقضاء الملى ، بل لقضاء الأحوال الشخصية بوجه عام . وتتولى قواعد التنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية بعد ذلك تعيين أى القضائين هو المختص : القضاء الشرعى وهو القضاء العام للبلاد ، أو القضاء الملى وهو قضاء استثنائى .

(٣) بعد إذ رسم التشريع المختلط نطاق الأحوال الشخصية ، وأخرج هذه المسائل من اختصاص المحاكم المختلطة ، فجعل القانون الذى يطبق عليها هو القانون الشخصى ، عمد إلى التطبيقات المباشرة فى موضوعين هما من أهم موضوعات الأحوال الشخصية : (١) المواريث والوصايا (٢) الأهلية .

٤٦ — وقد خصص التقنين المدنى المختلط للمواريث الطبيعية المادة ٧٧ ، ونصها :

Les successions sont réglées d'après les lois de la nation à laquelle appartient le défunt. Toutefois, le droit de succession à l'usufruit des biens wakfs on tributaires est réglé d'après la loi locale.

ويستخلص من هذا النص أن المواريث الطبيعية (succession ab intestat)

يطبق فيها قانون جنسية المورث . والمفروض كما قدمنا أننا بصدد تنازع دولى ما بين القوانين . فإذا مات فرنسى مثلا ، وطالب ورثته المقيمون فى انجلترا أحد المصارف فى مصر بتسليم مال مورثهم المودع فى المصرف ، رافعين أمرهم إلى القضاء المختلط ، فإن هذا القضاء ، حتى يعترف بالمدعين ورثة شرعيين للمتوفى ، يتنازع أمامه عند التطبيق قوانين عدة : هل القانون المصرى هو الواجب التطبيق على اعتبار أنه القانون الذى توجد فيه الأموال الموروثة . أو هو القانون الإنجليزى على اعتبار أن انجلترا هى موطن الورثة ، أو هو القانون الفرنسى على اعتبار أن المتوفى فرنسى الجنسية . فتجيب المادة ٧٧ أن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية المورث ، أى القانون الفرنسى . ولو فرض أن المتوفى مصرى الجنسية (مسلم أو غير مسلم) كان الجواب أن القانون الواجب التطبيق هو القانون المصرى بوجه عام . دون أن تعرض المادة ٧٧ لتحديد أى قانون من قوانين الأحوال الشخصية المصرية هو الذى يجب تطبيقه ، إذ لم ترد هذه المادة فى صدد التنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية . فإذا تحدد فى المثل الذى قدمناه أن القانون المصرى هو القانون الواجب التطبيق ، بقى بعد ذلك حتى نصل إلى حل نهائى ، أن نعرف أى قانون من قوانين الأحوال الشخصية المصرية هو الذى يطبق : أهى الشريعة الإسلامية باعتبار أنها القانون العام فى المواريث ، أو هو قانون طائفى ؟ الجواب على ذلك نجده فى جهة أخرى غير نص المادة ٧٧ . نجده فى التشريعات المعمول بها فى مصر بشأن الأحوال الشخصية . فإذا كان هـذا المصرى مسلماً وجدناه فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، حيث تقضى هذه

اللائحة بأن الشريعة الإسلامية هى التى تطبق · وإذا كان قبطيا أرثوذكسيا وجدناه فى لائحة المجلس الملى للأقباط الأرثوذكس ، وهى تقضى ، بمفهوم المخالفة ، بأن الشريعة الإسلامية هى التى تطبق أيضا ، إلا إذا كانت الورثة جميعاً من ملة واحدة وتراضوا على قضاء ملتهم ، فعند ذلك يكون قانون الطائفة الأرثوذكسية هو القانون الواجب التطبيق .

أما الاستحقاق فى الوقف ، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٧ ، فالشريعة الإسلامية فيه قانون إقليمى واجب التطبيق دائما أيا كانت جنسية الواقف ، أجنبيا كان أو مصريا ، وأيا كانت طائفته ، مسلما كان أو غير مسلم . وذلك لأن الوقف نظام لا تعرفه إلا الشريعة الإسلامية ، فوجب أن يخضع لها دائما ، هذا إلى أن العقار الموقوف يخضع لقانون موقعه .

ونرى من ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٧٧ لا تعرض إلا للتنازع الدولى للقوانين ، ولا تحدد إلا القانون المصرى بوجه عام أو قانونا أجنبيا آخر بحسب الأحوال ، ولا شأن لها بالتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية .

٤٧ — وهذا هو الأمر بالنسبة للمادة ٧٨ من التقنين المدنى المختلط ، وهى التى تعرض للوصية ، ونصها ما يأتى :

La capacité de tester et la forme du testament sont réglées d'après la loi de la nationalité du testateur. En matière immobilière, les dispositions relatives à la résolution des droits de propriété, à raison de légitime réserve, quotité disponible etc. ne préjudicient pas aux tiers-acquéreurs et créanciers hypothécaires de bonne foi.

ويجب تفسير «الأهليـة للايصاء» (capacité de tester) تفسيرا واسعا ، فتشمل الأهلية بمعناها الصحيح ، ثم تمتد إلى المدى الذى يستطيع الموصى أن يوصى به من ماله . وهذا ما يسمى «بالنصاب الذى تجوز فيه الوصية» (quotité disponible) . ومن هنا تتبين أن الأهليـة للايصاء يندرج تحتها مسائل ليست من الأهلية فى شىء ، بل هى أكثر اتصالا بالمواريث منها بالوصية . ويدل على صحة هذا التفسير أن المشرع المختلط أورد فى صدد «الأهلية للايصاء» التى ذكرها فى الفقرة الأولى من المادة ٧٨ التحفظ الذى ذكره فى الفقرة الثانية من نفس المادة بشأن عدم نفاذ الوصية فيما جاوز النصاب . ففى حساب المشرع المختلط إذن تندرج مسألة النصاب تحت مسائل الأهلية للايصاء ، وتنفرد من بينها بحكم خاص ورد بعد الحكم العام الشامل لجميع مسائل الأهلية للايصاء .

ونحن فى هذا التفسير نتفق مع الدكتور حسن بغـدادى فى الرأى ، فإنه يقول فى رسالته التى سبقت الإشارة إليها ص ٣٠٢ ما يأتى :

"Mais le législateur, peu soucieux du sens spécifiquement technique du mot 'capacité', lui a attribué une acception des plus compréhensives. C'est ainsi qu'il s'était suivi des termes 'capacité' de tester pour désigner la latitude de liberté dont dispose le testateur dans les limites déja tracées par les régles impératives à la validité intrinsèque des dispositions de dernière volonté. Aussi lit-on dans le second alinéa du même texte qu'en matière immobilière les dispositions relatives à la résolution des droits de propriete, à raison de legitime réserve, quotité disponible etc.. ne préjudicient pas aux tiers acqueseurs etc."

ويمكن القول بوجه عام أن المادة ٧٨ تعرض لمسائل الوصية جميعا . وإذا كانت قد اقتصرت على ذكر مسألتين هما الأهلية والصيغة ، فقد رأى المشرع أنه استنفد بهما جميع المسائل التى يعنيه ذكرها ، فلم ير حاجة لذكر الشروط الموضوعية الأخرى .

ويترتب على ذلك أن جميع مسائل الوصية تخضع لقانون جنسية الموصى وفقاً لنص المادة ٧٨ . وهنا أيضاً يعرض النص للتنازع الدولى ما بين القوانين ولا شأن له إطلاقاً بالتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية . فيتعين تطبيق القانون الفرنسى مثلا إذا كان الموصى فرنسى الجنسية . أما إذا كان مصريا — مسلماً أو غير مسلم — كان القانون الواجب التطبيق هو القانون المصرى بوجه عام كما قدمنا بشأن الميراث . ويجب بعد ذلك البحث فى مكان آخر عن أى قانون من قوانين الأحوال الشخصية يكون واجب التطبيق . فإن كان المصرى مسلماً ، وجب تطبيق الشريعة الإسلامية . وإن كان غير مسلم ، وجب كذلك تطبيق الشريعة الإسلامية على النحو الذى سنبينه عند استعراض التشريعات الخاصة بالطوائف غير الإسلامية .

٤٨ — ونخلص من ذلك أمران :

(١) أن حكم الوصيــة هو حكم الميراث من حيث القانون الواجب التطبيق . ففى الحالتين يجب تطبيق قانون الجنسية . ومن هنا يتضح أنه ليس ثمت فائدة من المناقشة التى دارت حول ما إذا كانت المادة ٧٧ مختلط (ويقابلها م ٥٤ أهلى) تعرض للمواريث والوصية معاً ، أو هى تقتصر على المواريث وحدها ، ما دام الحكم واحداً فى الحالتين .

ولقد ذهب الأستاذ صليب سامى باشا فى مذكرته (ص ٤٩) إلى أن لفظ « المواريث » الوارد فى المادة ٥٤ أهلى (٧٧ مختلط) يشمل المواريث عامة ، أى الأرث الشرعى أو الطبيعى والأرث الإنشائى أو الوصية . وأورد للتدليل على صحة رأيه حججاً كثيرة لا نرى حاجة إلى متابعته فيها . ويكفى أن نشير إلى ما قدمناه من أنه لو كانت المادة ٧٧ مختلط تتضمن الوصية من حيث الموضوع ، والمادة ٧٨ تتضمنها من حيث الشكل ، لكان الواجب أن يندرج الحكم الخاص بمجاوزة الوصية للنصاب تحت المادة الأولى لا المادة الثانية لأنه حكم موضوعى . والغريب أن الأستاذ صليب سامى باشا فى الوقت الذى يؤكد فيه أن لفظ « المواريث » يتضمن الوصية ، ينكر ذلك عند ما يعرض لتفسير نفس هذا اللفظ فى قانون المجلس الملى للأقباط الأرثوذكس . على أن الخلاف بيننا وبين الأستاذ صليب باشا فى تفسير هذا اللفظ لا طائل تحته ، فنحن نقول معه أن القانون الواجب التطبيق على الوصية موضوعاً وشكلا هو قانون جنسية الموصى . ولكننا نورد هذه القاعدة فى صدد التنازع الدولى ما بين القوانين لا فى صدد التنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية .

(٢) ما دام القانون الواجب التطبيق فى وصية المصرى ، مسلماً كان أو غير مسلم ، هى الشريعة الإسلامية ، فإن هذا يجعل مفهوماً ما ورد فى التقنين المدنى الأهلى من النصوص المتعلقة بمرض الموت (م ٢٥٤ — ٢٥٦) ، إذ تورد هذه النصوص حكم بيع المريض ، وهو نفس حكم الوصية ، وتجعل التطبيق عاماً على المسلمين وغير المسلمين ما دام الموصى مصريا . أما التقنين

المدنى المختلط فنص فى المادة ٣٢٣ على أن أحكام بيع المريض لا تطبق إلا على من يخضعون للشريعة المحلية . ومن حق هـذا التقنين أن يورد هـذا التحفظ ، لأن تطبيقه يتناول الأجانب . وهؤلاء تخضع وصاياهم لقوانين جنسيتهم .

٤٩ — بقيت الأهلية ، وقد خصص لها التقنين المختلط المادة ١٩٠ ونصها

"La capacité relative ou absolue est réglée par la loi de la nationalite à laquelle appartient la personne qui contracte.''

وهنا أيضاً يعرض النص للتنازع الدولى ما بين القوانين ، ولا شأن له بالتنازع الداخلى فيما بين قوانين الأحوال الشخصية . فإذا عرضت مسألة الأهلية أمام المحكمة المختلطة ، كما إذا كان الأمر متعلقاً ببطلان عقد لنقص الأهلية ، فإن القانون الواجب التطبيق ، وفقاً للمادة ١٩٠ ، هو قانون جنسية العاقد . فإن كان إنجليزيا مثلا وجب تطبيق القانون الإنجليزى ، وإن كان مصريا وجب تطبيق القانون المصرى . وهنا — لحسن الحظ — لا يوجد إلا قانون مصرى واحد لجميع المصريين ، هو قانون المجالس الحسبية المعروف . وقد تحقق توحيد القانون المصرى فى مسائل الأهلية ، فأصبح الأمر بالنسبة لهذه المسائل مقصوراً على التنازع الدولى للقوانين . وليس ثمت تنازع داخلى فيما بين قوانين مصرية متعددة .

ثانياً — التشريع الأهلى

٥٠ — قبل أن نستعرض نصوص هذا التشريع ، نلاحظ فى شأنه أمرين :

(١) أنه جاء مطابقاً للتشريع المختلط مطابقة تكاد تكون حرفية . والسبب فى ذلك أن المشرع المصرى لم يرد أن يكون قانون الأحوال العينية ، وهو قانون إقليمى بطبيعته ، مختلفا إذا طبق على أجنبى عنه إذا طبق على مصرى . وقد كان أولو الأمر فى مصر يعتقدون عند إنشاء المحاكم الأهلية أنهم سيستغنون بها عن المحاكم المختلطة بعد شهور ثلاثة أو أربعة . فتحل التقنينات الأهلية محل التقنينات المختلطة . ولذلك روعى أن تكون تلك نسخة مطابقة لهذه ، حتى إذا حلت محلها لا يحس أحد أن تغييراً وقع . (انظر فى هذا الموضوع مقالا نشرناه عن تنقيح القانون المدنى المصرى فى مجلة القانون والاقتصاد . السنة السادسة ص ١٧) .

(٢) وهذه المطابقة الحرفية بقيت حتى فى النصوص التى تعرض للتنازع الدولى ما بين القوانين ، وهى النصوص التى أوردناها فى التشريع المختلط . فلكل نص منها نص مقابل فى التشريع الأهلى يكاد يكون مطابقا له . وقد نتساءل ما بال المشرع الأهلى يعرض للتنازع الدولى ما بين القوانين مع أن الأقضية التى تعرض على المحاكم الأهلية ليس فيها عنصر أجنبى ؟ ومن السهل الجواب على ذلك بما قدمناه من أن التقنين الأهلى أريد به أن يكون مطابقا للتقنين المختلط للأسباب التى أشرنا إليها ، وبأنه ليس صحيحا على إطلاقه أن الأقضية التى تعرض على المحاكم الأهلية تخلو دائما من عنصر أجنبى . فهناك أجانب يخضعون للقضاء الأهلى ، وهم الأجانب غير التابعين للدول ذوات الامتيازات . بل إن الأجانب ذوى الامتيازات أنفسهم قد تعرض بشأنهم أقضية تكون من اختصاص المحاكم الأهلية ، كما لو عرضت على المحكمة

الأهلية وصية فرنسي يكون الموصى له والورثة كلهم فيها مصريين ، فعلى المحكمة الأهلية أن تطبق فى هذه الحالة المادة ٥٥ من التقنين المدنى الأهلى ، وهى التى تعرض للتنازع الدولى ما بين القوانين ، فتختار قانون جنسية الموصى وفقاً لهذا النص ، وهو القانون الفرنسى . ويمكن إيراد أمثلة أخرى كثيرة من أقضية أمام المحاكم الأهلية تتنازع فيها القوانين من الناحية الدولية ، كما إذا كان المال المتنازع عليه فى بلد أجنبى ، أو كانت الواقعة القانونية أو العمل القانونى الذى قام بشأنه النزاع قد وقع فى غير مصر .

لذلك يكون من المحقق أن النصوص التى وردت فى التشريع الأهلى ، مقابلة للنصوص التى أوردناها فى التشريع المختلط ، لا شأن لها هى أيضا بالتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية ، وإنما هى تعرض ، كالنصوص المختلطة تماما ، للتنازع الدولى ما بين القوانين الأجنبية . أما التنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية فيبحث عن قواعده فى تشريعات الأحوال الشخصية ، وهى الخط الهمايونى والتحريرات السامية والقوانين الخاصة بالطوائف .

(انظر فى هذا المعنى رسالة الدكتور حسن بغدادى ص ٢١٤ وص ٢٢٠)

ولنتناول الآن النصوص الأهلية نصا نصا كما فعلنا فى النصوص المختلطة .

٥١ — تعرض لائحة ترتيب المحاكم الأهلية (م ١٦) لتحديد نطاق الأحوال الشخصية على النحو الذى رأيناه فى المادة ٤ من التقنين المدنى

المختلط . والنطاق الذى حددته هذه اللائحة للأحوال الشخصية هو عينه النطاق الذى حدده التشريع المختلط . فقد نصت المادة ١٦ على ما يأتى :

« ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر فى . . . . المسائل المتعلقة بأصل الأوقاف ولا فى مسائل الأنكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها ، ولا فى مسائل الهبة والوصية والمواريث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية . ولا يجوز لها أيضا أن تؤول الأحكام التى تصدر فيها من الجهة المختصة بها » .

ويرى من هذا النص أنه أكثر تفصيلا من النص المختلط ، إذ ذكر المهر والنفقة من ناحية ، وأضاف الهبات من ناحية أخرى . ولكنه لم يذكر الوصاية والقوامة مكتفيا بأن ما ذكره إنما جاء على سبيل التمثيل لا الحصر .

ومهما يكن من أمر فأن المشرع الأهلى لم يرد أن يحدد للأحوال الشخصية نطاقا أوسع أو أضيق من النطاق الذى حدده المشرع المختلط . وهذا النطاق أخذه المشرع المصرى عن القانون الإيطالى ، وهو أوسع كثيرا من النطاق الذى رسمه القانون الفرنسى . وهو فى الوقت ذاته يختلف تماما عن النطاق المرسوم للأحوال الشخصية فى ميدان التنازع الداخلى ، إذ النطاق الأخير يقتصر كما قدمنا على الزواج وما يتصل به من مسائل كالمهر والجهاز والنفقة ، ولا يتعدى إلى المواريث والوصايا والأهلية . وقد سبق أن أوردنا هذه الملاحظات فى صدد التشريع المختلط .

ويلاحظ أخيرا أن المسائل التى أوردها المشرع المصرى باعتبار إنها خارجة عن اختصاص المحاكم الأهلية لا تدخل حتما فى اختصاص القضاء الملى

بالنسبة لغير المسلمين . ولا أدل على ذلك من ذكر الوقف بين هذه المسائل . فمن المسلم أن الوقف إذا خرج عن اختصاص المحاكم الأهلية ، فهو لا يدخل فى اختصاص القضاء الملى ، بل يدخل دائماً فى اختصاص المحاكم الشرعية ، حتى بالنسبة لغير المسلمين من المصريين بل وبالنسبة للأجانب . كذلك المواريث من المسلم أنها تدخل فى اختصاص المحاكم الشرعية حتى بالنسبة لغير المسلمين من المصريين . ويتبين من ذلك أنه يمكن القول بوجه عام أن المسائل التى خرجت من اختصاص المحاكم الأهلية تدخل فى اختصاص محاكم الأحوال الشخصية دون تعيين محكمة بالذات . والنصوص التى تعرض للتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية هى التى تحدد المحكمة المختصة . وتكون عادة هى المحكمة الشرعيـة كمحكمة عامة للأحوال الشخصية ، وتكون فى بعض الحالات الاستثنائية هى القضاء الملى بالنسبة للطوائف غير الإسلامية .

وقد عرض المشرع الأهلى — كما عرض المشرع المختلط — للتطبيقات الخاصة بالمواريث والوصايا الأهلية .

٥٢ — ففى المواريث نصت المادة ٥٤ من التقنين المدنى الأهلى على ما يأتى :

„Les successions sont réglées d'aprés le statut personnel du défunt. Toutefois, le droit de succession à l'usufruit des biens wakfs est réglé d'aprés la loi locale„

ونلاحظ منذ الآن ، وقبل أن نورد النص العربى للمادة ، أن النص المقابل فى التقنين المختلط يقضى بأن المواريث تخضع « لقانون الجنسية » .

ولا يوجد أى فرق فى المعنى القانونى بين « قانون الأحوال الشخصية » (statut personnel du défunt) و « قانون الجنسـية » (Lois de la nation à laquelle appartient le défunt) فإن قانون الأحوال الشخصية فى لغة القانون الدولى الخاص هو قانون الجنسية ؛ وكلاهما تعبير عن معنى واحد . بل أن التشريع المختلط نفسه استعمل عبارة « قانون الأحوال الشخصية » (statut personnel) ويريد بها « قانون الجنسية » (nationalité) فى المـادتين ١٠ و ١١ من القانون التجارى المختلط .

فمن المحقق إذن أن المشرع الأهلى أراد أن ينقل حرفيا نص التشريع المختلط ، وأن المـادة ٥٤ من التقنين المدنى الأهلى إنما تعرض للتنازع الدولى ما بين القوانين كما هو شأن المـادة ٧٧ من التقنين المدنى المختلط . فإذا كان المورث فرنسيا خضع ميراثه لقانون أحواله الشخصية وهو القانون الفرنسى . وإذا كان المورث مصريا خضع ميراثه لقانون أحواله الشخصية أيضاً وهو القانون المصرى ، ثم يتحدد بعد ذلك أى قانون من قوانين الأحوال الشخصية المصرية هو الواجب التطبيق على النحو الذى شرحناه تفصيلا فيما تقدم .

ولعل المشرع الأهلى آثر عبارة « قانون الأحوال الشخصية » على عبارة « قانون الجنسية » ، لأن قانون الأحوال الشخصية ، إذا كان صاحب الشأن مصريا ، قد يكون الشريعة الإسلامية ، وقد يكون فى الحالات الاستثنائية قانونا طائفيا . فالتعبير « بقانون الأحوال الشخصية » ، يكون أكثر شمولا لهذه الحالات الاستثنائية من التعبير بقانون الجنسية . وإلا فلا فرق بتاتا

بين التعبيرين من الناحية القانونية .

إلى هنا والمسألة جلية واضحة . ولكن يعقدها بعد ذلك هذه الترجمة غير الدقيقة التي وردت في النص العربي للمادة ٥٤ . وهذا هو النص :

« يكون الحكم في المواريث على حسب المقرر في الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى . أما حق الإرث في منفعة الأموال الموقوفة فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية »

فالنص العربي لا يقول « قانون الجنسية » كما قال التشريع المختلط ، بل لا يقول « قانون الأحوال الشخصية » كما قال النص الفرنسي للتشريع الأهلي ، وإنما يقول « قانون الأحوال الشخصية المختصة بالملة » . وهذه العبارة الأخيرة مبهمة تتحمل تأويلين : التأويل الأول هو أن المقصود بهذه العبارة قانون الملة نفسه في أحكامه الموضوعية . والتأويل الثاني أن المقصود بقانون الأحوال الشخصية المختصة بالملة هو القانون الذي ينظم القضاء الملي في مسائل الأحوال الشخصية ، فإذا كان المورث قبطيا أرثوذكسيا خضع ميراثه للقانون الذي ينظم قضاء ملته في الأحوال الشخصية ، وهو دكريتو سنة ١٨٨٣ ، ويقضي بأن الميراث يكون من اختصاص المحاكم الشرعية إلا إذا تراضى الورثة على قضائهم الملي .

وكل من التأويلين غير صحيح . والواجب الرجوع إلى الترجمة الصحيحة للنص الفرنسي ، فتكون المواريث خاضعة « لقانون الأحوال الشخصية » (statut personnel) أي لقانون الجنسية ، وهو القانون المصري بوجه عام

أو أى قانون أجنبى ، إذ نحن فى صدد تنازع دولى ما بين القوانين ، فيقتصر النص على تعيين القانون المصرى إذا كان المورث مصريا ، ثم يتحدد بعد ذلك أى قانون هو الواجب التطبيق من بين قوانين الأحوال الشخصية المتنازعة ، فإذا كان المورث قبطيا أرثوذكسيا رجعنا إلى دكريتو سنة ١٨٨٣ وهو يقضى باختصاص المحاكم الشرعية إلا إذا تراضى الخصوم على قضاء ملتهم . ويتبين من ذلك أن هذا التفسير الصحيح يتفق فى النتيجة العملية مع التأويل الثانى الذى سبقت الإشارة إليه .

ومهما يكن من أمر فأن الواجب هو أن نقف عند الترجمة الصحيحة للنص الفرنسى ، لأن هذا النص هو الذى يبين عن غرض المشرع ، فلا يصح العدول عن هذا الغرض الواضح لخطأ وقع فى الترجمة . ويكون المقصود إذن من المادة ٥٤ هو إيجاد حل لتنازع دولى ما بين القوانين يجعل قانون الأحوال الشخصية (أى قانون الجنسية) هو القانون الواجب التطبيق فى المواريث . أما إذا قلنا بغير ذلك ، وذهبنا مذهب التأويل الأول ، فأخذنا بأن المواريث تخضع لقانون الملة فى أحكامه الموضوعية ، فأننا نكون بذلك قد اصطدمنا مع النص الفرنسى ومع نص التشريع المختلط ، وأخرجنا المادة ٥٤ عما وضعت لأجله ، فهى إنما تعرض للتنازع الدولى ما بين القوانين ، وتقتصر على تعيين القانون المصرى بوجه عام دون أن تحدد قانونا معينا من قوانين الأحوال الشخصية .

ونكون ، فوق هذا وذاك ، قد جعلنا التشريع المصرى يناقض بعضه

بعضا . وذلك لأن المشرع المصرى كان ، قبل إصدار التقنين المدنى الأهلى بستة شهور ، قد أصدر لائحة للأقباط الأرثوذكس ، وقرر فى المادة ١٦ من هذه اللائحة أن الميراث لا يختص به القضاء الملى إلا إذا تراضت الورثة على هذا القضاء ، وإلا فهو من اختصاص المحاكم الشرعية وتسرى عليه أحكام الشريعة الإسلامية . ومعنى ذلك أن الأصل فى ميراث غير المسلم هو أن يخضع للشريعة الإسلامية . فكيف يأتى المشرع المصرى بعد ذلك ببضع شهور ويقرر أن ميراث غير المسلم يخضع لقانون ملته الموضوعى فيناقض نفسه ! ! وإذا قلنا أن التقنين المدنى نسخ لائحة الأقباط الأرثوذكس ، فهل نسخت لائحتا الإنجيليين والأرمن الكاثوليك الصادرتان فى سنتى ١٩٠٢ و١٩٠٥ التقنين المدنى إذ قررتا هما أيضا أن الميراث لا يخضع للقضاء الملى إلا باتفاق الخصوم ! !

الحق أن المادة ٥٤ من التقنين المدنى الأهلى والمادة ٧٧ من التقنين المدنى المختلط لا تعرضان إلا للتنازع الدولى ما بين القوانين ، وتقتصران فى الميراث على تعيين القانون المصرى بوجه عام . أما المادة ١٦ من لائحة الأقباط الأرثوذكس فهى التى تعرض للتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية ، فتحدد الشريعة الإسلامية من بين هذه القوانين إلا إذا تراضت الورثة على قضاء ملتهم .

٥٣ — وما قلناه فى الميراث نقوله فى الوصية . فإن المادة ٥٥ من التقنين المدنى الأهلى تنص على ما يأتى :

„La capacité de tester et la forme du testament sont également réglées d'après le statut personnel du testateur".

وهذا هو النص العربي للمادة :

« وكذلك تراعى فى أهلية الموصى لعمل الوصية ، وفى صيغتها الأحكام المقررة لذلك فى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصى » .

وقد ترجمت العبارة الفرنسية (statut personnel du testateur) خطأ بعبارة « الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصى » ، كما وقع نفس هـــذا الخطأ فى النص الخاص بالميراث على النحو الذى قدمناه . والترجمة الصحيحة هى « قانون الأحوال الشخصية للموصى » ، أى قانون جنسيته . فإن كان مصرياً كان القانون الواجب التطبيق هو القانون المصرى بوجه عام . وإن كان أجنبياً كان القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية هذا الأجنبى .

فالمادة ٥٥ لا تعرض هى أيضاً إلا للتنازع الدولى ما بين القوانين ، ولا شأن لها بالتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية . فإذا أوصى قبطى أرثوذكس وجب ، وفقاً للمادة ٥٥ ، أن تخضع وصيته لقانون أحواله الشخصية ، وهو القانون المصرى بوجه عام . ثم يرجع بعد ذلك إلى نص آخر غير نص المادة ٥٥ لتحديد أى قانون من قوانين الأحوال الشخصية المصرية هو الواجب التطبيق . فيرجع إلى المادة ١٦ من لائحة الأقباط الأرثوذكس حيث نجد أن المواريث — وتشمل الوصية كما سنرى — لا تكون من اختصاص القضاء الملى إلا إذا تراضى الخصوم على قضاء ملتهم ، وإلا

فهى من اختصاص المحاكم الشرعية وتسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية .

٥٤ — أما فى الأهلية فتنص المادة ١٣٠ من التقنين المدنى الأهلى على ما يأتى :

"La capacité relative ou absolue est réglée par le statut personnel de la personne qui contracte".

والنص العربى للمادة هو ما يأتى :

« الحكم فى الأهلية المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها العاقد » . وما قلناه فى الميراث والوصية نقوله فى الأهلية . فالترجمة الصحيحة هى « قانون الأحوال الشخصية » ، وهو قانون واحد لجميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، فلا محل هنا لتنازع داخلى ما بين قوانين متعددة كما فى الميراث والوصية .

٥٥ — يخلص إذن مما قدمناه أن نصوص التشريع الأهلى المتقدمة الذكر لا شأن لها بالتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية ، بل هى ، كنصوص التشريع المختلط ، متعلقة بالتنازع الدولى ما بين القوانين .

ثالثا — تشريعات سنة ١٩٣٧

٥٦ — نفذت معاهدة مونتريه بمقتضى القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٣٧ ، وهو القانون المشار إليه فى المادة الثالثة من المعاهدة ، وقد صدر بلائحة التنظيم القضائى الملحق نصها بالاتفاق .

وقد نصت المادة ٢٥ من لائحة التنظيم القضائى المذكورة على تحديد معنى كلمة « أجنبى » فيما يتعلق باختصاص المحاكم المختلطة . ويتبين من هذا النص أن الأجانب أنواع ثلاثة : (١) أجانب تابعون للدول الموقعة على معاهدة مونتريه ، وهؤلاء يخضعون فى أحوالهم الشخصية للمحاكم المختلطة (أو لقنصلياتهم فى فترة الانتقال) . ويخضعون فى الأحوال العينية للمحاكم المختلطة إلا إذا قبلوا اختصاص المحاكم الأهلية . (٢) أجانب غير تابعين للدول الموقعة على معاهدة مونتريه وهؤلاء حكمهم حكم المصريين فى الأحوال الشخصية والأحوال العينية . ويلحق بهم الأجانب التابعون لدول شرقية تحت الانتداب : سوريا ولبنان وفلسطين وشرق الأردن . (٣) أجانب تابعون للدول الموقعة على معاهدة مونتريه ، ولكنهم ينتسبون إلى ديانة أو مذهب أو ملة لها محاكم مصرية مختصة بمواد الأحوال الشخصية . وهؤلاء هم رعايا الدولة العثمانية القديمة ، من تونسيين وجزائريين ومراكشيين وأرمن وأروام الخ الخ . وقد انتهت رعويتهم للدولة العثمانية باستقلالهم أو بتبعيتهم لدولة أخرى ، فهم إما من أهالى الدولة التى ينتمون إليها حالا كالاروام ، أو من رعاياها كالجزائريين ، أو من الواقعين فى حمايتها كالمراكشيين . وهذا الفريق الثالث يظل خاضعا فى أحواله الشخصية لقضاء المحاكم المصرية المختصة بمواد الأحوال الشخصية فى نفس الأحوال التى كانت مرعية فى الماضى (dans les mêmes conditions que dans le passé) (م ٢٥ فقرة ٤ من لائحة التنظيم القضائى أو قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٧) . فالأروام الارثوذكس من

الأجانب كالأروام الارثوذكس من المصريين يبقون خاضعين كما كانوا فى الماضى ، لقضائهم الملى فى الزواج وما يتصل به ، أما فى المواريث فيخضعون للمحاكم الشرعية إلا إذا اتفقوا على قضاء ملتهم ، وهذا وفقا للخط الهمايونى ولتحرير ٣ فبراير سنة ١٨٩١ . والأرمن الارثوذكس من الأجانب كالأرمن الأرثوذكس من المصريين يبقون خاضعين كذلك ، كما كانوا فى الماضى ، لقضائهم الملى فى الزواج ، أما فى الميراث والوصية فيخضعون للمحاكم الشرعية إلا إذا اتفقوا على قضاء ملتهم ، وهـذا وفقا للخط الهمايونى ولتحرير أول إبريل سنة ١٨٩١ . أما فى الأحوال العينية فيخضع هذا الفريق الثالث للمحاكم الأهلية إلا إذا دفعوا اختصاصها عنهم فيخضعون للمحاكم المختلطة (م ٢٥ فقرة ٥ من لائحة التنظيم القضائى) .

٥٧ — وقد نصت المادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائى (قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٧) على القانون الواجب التطبيق فى الأحوال الشخصية للأجانب الخاضعين لاختصاص المحاكم المختلطة ، فذكرت ، فيما ذكرته ، أنه يرجع فى المواريث والوصايا إلى قانون بلد المتوفى أو الوصى .

والمعنى البديهى لهذا النص أنه إذا نظرت المحكمة المختلطة فى قضية ميراث أو وصية لأجنبي خاضع لاختصاصها فى أحواله الشخصية ، فإن القانون الواجب التطبيق على هذا الميراث أو على هـذه الوصية هو قانون جنسية المورث أو الموصى .

فالمادة ٢٩ تعرض إذن للتنازع الدولى ما بين القانون المصرى والقوانين

الأجنبية ، ولا شأن لها بالتنازع الداخلي ما بين قوانين الأحوال الشخصية .
وهي تقرر نفس ما قررته المادة ٧٧ من التقنين المدني المختلط بشأن الميراث والمادة ٧٨ من هذا التقنين بشأن الوصية .

ولو فرض أن قانون بلد المتوفى أو الموصي هو القانون المصري ، فإن المادة ٢٩ لا شأن لها ، كما قدمنا ، بتحديد أي قانون من قوانين الأحوال الشخصية المصرية هو الواجب التطبيق .

٥٨ — وبعد صدور قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٧ بلائحة التنظيم القضائي ، صدر في نفس السنة عدة قوانين لتنفيذ نصوص هذه اللائحة . منها القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ ، وهو يعرض للفريق الثالث من الأجانب الذي أشرنا إليه فيما تقدم ، ويكرر في شأن المحاكم المختصة بنظر أحواله الشخصية ، نفس الأحكام التي وردت في لائحة التنظيم القضائي .

فتنص المادة الأولى من هذا القانون على ما يأتي :

« تختص محاكم الأحوال الشخصية المصرية بالنظر في المنازعات والمسائل الخاصة بالأحوال الشخصية فيما يتعلق بغير المصريين إذا كان قانون البلد الواجب التطبيق وفقاً لأحكام المادة ٣ قانوناً غير أجنبي » .

« ويظل الأجانب (سواء أكانوا من أهل الدول الأجنبية أم من رعاياها أم من أهل البلاد الواقعة في حمايتها) الذين ينتسبون إلى ديانة أو مذهب أو ملة لها محاكم مصرية مختصة بمواد الأحوال الشخصية خاضعين لقضاء تلك المحاكم في هذه المواد » .

وظاهر أن هذا النص يكرر النص الوارد فى المادة ٢٥ فقرة ٤ من لائحة التنظيم القضائى . وهو يشير ، كما قدمنا ، إلى رعايا الدولة العثمانية القديمة ، فيبقيهم خاضعين ، كما كانوا فى الماضى ، لمحاكم الأحوال الشخصية المصرية . وهذه المحاكم ليست بالضرورة المحاكم الملية ، بل قد تكون المحاكم الشرعية ، كما تكون المجالس الحسبية أو المحاكم الأهلية . وهذا ما تقوله المذكرة التفسيرية فى هذا الصدد : « فعبارة المحاكم المصرية للأحوال الشخصية لا يقصد بها المحاكم الشرعية والمحاكم الملية المعترف بها فحسب ، بل تشمل كذلك المجالس الحسبية والمحاكم الأهلية » .

فهذه المحاكم جميعا ، كما تختص بنظر الأحوال الشخصية للمصريين ، تختص كذلك بنظر الأحوال الشخصية للأجانب الذين كانوا من رعايا الدولة العثمانية ، لأن القانون الواجب التطبيق عليهم فى أحوالهم الشخصية ليس قانونا أجنبياً ، أى ليس قانون البلد الذى تتبعه هذه الرعايا . (انظر المذكرة التفسيرية) . فالمراكشى مثلا ، وهو فى حماية الدولة الفرنسية ، لا يخضع للقانون الفرنسى فى أحواله الشخصية ، بل يخضع للشريعة الإسلامية ، أى لديانة لها محاكم مصرية مختصة بمواد الأحوال الشخصية ، وهى المحاكم الشرعية .

« ولما كانت المحاكم المصرية للأحوال الشخصية ، كما تقول المذكرة التفسيرية للقانون الذى نحن بصدده ، تطبق شرائع دينية ، فقد رؤى من الضرورى أن يبين فى المادة الثالثة أن عبارة " قانون البلد " ليست قاصرة على القوانين الدنيوية » ، بل تشمل ، كما ينص القانون نفسه . « كل قانون دينى

تطبقه محكمة مصرية للأحوال الشخصية » . فتشمل الشريعة الإسلامية ، والقوانين الطائفية المختلفة .

هذا هو القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ نراه مقصوراً على طائفة معينة من الأجانب ، ولا شأن له بالمصريين . وهو — حتى فى هذه الحدود الضيقة — لا يعنى بتحديد اختصاص المحاكم المصرية للأحوال الشخصية إلا فى جملتها ، دون أن يبين أية محكمة من هذه المحاكم هى المختصة بالذات .

٥٩ — ونخلص من ذلك أن تشريعات سنة ١٩٣٧ لا شأن لها أصلا بالمصريين ، ولا شأن لها كذلك بالتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية .

---

(٢)

التشريعات المصرية

الخاصة بالطوائف غير الاسلامية

---

٦٠ — يجب إذن أن نستبعد من موضوعنا — وهو التنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية — كل النصوص التى قدمناها مما ورد فى التشريعات العامة . فهذه لا شأن لها أصلا بالموضوع ، وهى تتعلق بالتنازع الدولى ما بين القوانين .

أما التشريعات التي تتعلق بالتنازع الداخلي ما بين قوانين الأحوال الشخصية ، وهي وحدها التي تعنينا ، فهي التشريعات المصرية الخاصة بالطوائف غير الإسلامية . وهي كما قدمنا نوعان :

(١) التشريعات العثمانية التي كانت سارية في مصر سنة ١٩١٥ ، واستبقيت بعد ذلك ، على أثر انقطاع العلاقة ما بين مصر والدولة العلية ، بمقتضى تشريع مصري خاص هو القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ . ويقضي هذا القانون باحتفاظ الهيئات المعترف بها من الباب العالي بمعاهدات أو فرمانات أو براءات ، والتي تستمد سلطتها من الأوامر العثمانية ، بولايتها موقتاً إلى أن تنظم بقانون مصري .

(٢) التشريعات المصرية التي نظمت القضاء الملي لطوائف ثلاث من الطوائف غير الإسلامية ، هي طائفة القبط الأرثوذكس وطائفة الإنجيليين وطائفة الأرمن الكاثوليك .

أما التشريعات العثمانية ، وهي الخط الهمايوني الصادر في سنة ١٨٥٦ والتحريرات السامية الصادرة في سنة ١٨٩١ ، فقد بسطنا الكلام فيها بالتفصيل فيما تقدم . ويبقى أن نستعرض التشريعات المصرية الخاصة بالطوائف الثلاث المشار إليها . ثم نستخلص من كل ذلك الحالة الراهنة للقانون المصري فيما يتعلق بالقضاء الملي في مسائل الأحوال الشخصية ، وبخاصة في الوصية موضوع هذه القضية .

أولا — دكريتو سنة ١٨٨٣ الخاص بالأقباط الأرثوذكس

٦١ — صدر هذا الدكريتو فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ (٧ رجب سنة ١٣٠٠). وهو يصدق على اللائحة التى تنظم القضاء الملى لأكبر طائفة مصرية غير إسلامية، وهى طائفة الأقباط الأرثوذكس. وقد عدل هذا الدكريتو مرتين: الأولى بمقتضى القانون رقم ٣ لسنة ١٩١٢، والثانية بمقتضى القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٧. وهذا التعديل الأخير أخرج من اختصاص المجلس الملى جميع المسائل الداخلة فى اختصاص المجالس الحسبية بمقتضى المرسوم بقانون الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥.

٦٢ — والذى يعنينا من نصوص لائحة الأقباط الأرثوذكس هى المادة ١٦، ونورد نصها فيما يأتى:

«من وظائف المجلس المذكور النظر فيما يحصل بين أبناء الملة من الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية الواضحة أنواعها بكتاب الأحوال الشخصية الذى صار نشره مع قوانين المحاكم المختلطة».

«إنما مسائل المواريث لا تنظر إلا باتفاق جميع أولى الشأن» ....

» .... «.

«وعليه أيضاً ملاحظة قيد الوصايا بالسجل المعد لها بالبطركخانة. ولكى تكون مقيدة معمولا بها، يلزم الختم على ما يسجل بختم المجلس».

ويؤخذ من هذا النص ما يأتى:

(أولا) أن اختصاص القضاء الملى للأقباط الأرثوذكس مقصور على

الأقباط الأرثوذكس فيما بينهم (بين أبناء الملة) . فلو اختلفت الملة كانت المحاكم الشرعية هى المختصة .

(ثانياً) أن هذا الاختصاص يتناول مسائل الأحوال الشخصية كما هى واردة فى كتاب قدرى باشا ، ولكن على التفصيل الآتى :

(ا) مسائل الزواج وما يتصل به من مهر وجهاز وطلاق وعدة ونسب ونفقة وغير ذلك ، لا شك فى أن القضاء الملى للأقباط الأرثوذكس مختص بها اختصاصاً إجباريا ، تراضى الخصوم على اختصاصه أو لم يتراضوا .

(ب) مسائل الأهلية والولاية والوصاية والحجر والقوامة ، لا شك فى أنها لا تدخل فى اختصاص القضاء الملى أصلا ، وهى الآن من اختصاص المجالس الحسبية .

(ح) مسائل المواريث لا تدخل فى اختصاص القضاء الملى إلا اختياراً ، أى إلا إذا تراضى الخصوم على هذا القضاء .

٦٣ — والواجب أن تفسر عبارة « المواريث » (successions) هنا تفسيراً يشمل الوصية . فيكون المقصود أن الوصايا لا تدخل هى أيضا فى اختصاص القضاء الملى إلا اختياراً ، أى إلا إذا تراضى الخصوم . فإذا لم يتم التراضى ، كانت الوصية من اختصاص المحاكم الشرعية ، وتسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية .

ويؤيد ذلك الحجج الآتية :

(١) استعملت اللائحة لفظ « المواريث » (suceessions) دون أن تميز

بين المواريث الطبيعية (succession ab intestat) والمواريث الإيصائية (succession testamentaire) . وهذا دليل على أن المقصود باللفظ يشمل النوعين . ويقطع فى ذلك أن لائحتى الإنجيليين والأرمن الكاثوليك اللتين صدرتا بعد ذلك فى سنتى ١٩٠٢ و ١٩٠٥ ذكرتا عبارة (succession ab intestat) ، فقصرتا العبارة على المواريث الطبيعية ، ولم يرد اللفظ بالتعميم الذى نراه فى لائحة الأقباط الأرثوذكس . فدل ذلك على أن المشرع المصرى فى هذه التشريعات الخاصة بالطوائف ، إذا أراد الاقتصار على المواريث الطبيعية استعمل عبارة (succession ab intestat) . فإذا هو أطلق واستعمل لفظ « المواريث » ، فذلك لأنه أراد التعميم دون تمييز بين المواريث الطبيعية والمواريث الإيصائية .

(٢) وهناك سبب دفع المشرع المصرى إلى أن يقتصر على المواريث الطبيعية فى لائحتى الإنجيليين والأرمن الكاثوليك ، بعد أن عمم اللفظ بحيث يشمل المواريث الطبيعية والإيصائية فى لائحة الأقباط الأرثوذكس . وذلك أن التحريرات السامية التى صدرت فى سنة ١٨٩١ فهم منها خطأ ، كما رأينا ، أن ما ورد بشأن الوصية بالنسبة للروم الأرثوذكس قد عمم بالنسبة لجميع الطوائف غير الإسلامية . تحت تأثير هذا الخطأ اقتصر المشرع المصرى ، فى سنة ١٩٠٢ بالنسبة للانجيليين وفى سنة ١٩٠٥ بالنسبة للأرمن الكاثوليك ، على ذكر المواريث الطبيعية وهو فى صدد الاختصاص الاختيارى للقضاء الملى ، متوهما أن المواريث الإيصائية قد صارت من الاختصاص الإجبارى لهذا القضاء . أما فى سنة ١٨٨٣ ، أى قبل صدور التحريرات السامية التى

كانت مصدرا لهذا التعميم الخاطئ ، فإنه أطلق اللفظ فى لائحة الأقباط الأرثوذكس ، وذكر كلمة « المواريث » دون تمييز بين الطبيعى والإيصائى ، وجعلهما معاً من الاختصاص الاختيارى للقضاء الملى ، لأن هذا هو حكم الخط الهمايونى الذى كان مطبقا وقت ذلك .

والذى يلفت النظر أن المشرع المصرى سنحت له فرصتان لتعديل دكريتو سنة ١٨٨٣ ، أولاهما فى سنة ١٩١٢ والأخرى فى سنة ١٩٢٧ ، وكان يستطيع فى الفرصتين أن يقيد لفظ « المواريث » كما قيده فى لائحتى ١٩٠٢و ١٩٠٥ ، ولكنه لم يفعل . وهذا دليل قاطع على إنه أراد أن يترك اللفظ مطلقا ليشمل المواريث الطبيعية والمواريث الإيصائية .

(٣) ومما يؤكد هذا الرأى أن المشرع المصرى ، بعد أن أطلق اللفظ واستعمل كلمة « المواريث » ، احتاط ، عندما عرض لوجوب اتفاق الخصوم حتى يصبح القضاء الملى مختصا ، فاشترط أن يكون « جميع أولى الشأن (tous les ayants droit) متفقين على اختصاص قضاء ملتهم . ولو كان يقصد أن يقصر لفظ « المواريث » على المواريث الطبيعية ، لكان الأقرب إلى الذهن أن يشترط رضاء « جميع الورثة » (héritiers) . ولكنه استعمل لفظا أعم من لفظ « الورثة » ، حتى يتفق مع التعميم المقصود من لفظ « المواريث » ، فذكر « جميع أولى الشأن » حتى يندرج تحت هذا التعبير الورثة والموصى لهم على السواء .

(٤) لم تسكت لائحة الأقباط الأرثوذكس عن الوصية ، بل عرضت لها ، وبينت اختصاص المجلس الملى فى شأنها . وهو لا يعدو ، كما رأينا فى

الفقرة الأخيرة من المادة ١٦ ، تسجيل الوصايا فى السجلات الخاصة وختمها بختم المجلس ، حتى تكون صحيحة شكلا . وما عدا ذلك من شروط الانعقاد والصحة وجميع الأحكام الموضوعية الأخرى يجب أن يجرى فيه حكم الشريعة الإسلامية .

(٥) لا يوجد أى سبب منطقى يدعو للتمييز ما بين المواريث الطبيعية فتجعل من الاختصاص الاختيارى للقضاء الملى . والمواريث الإيصائية فتجعل من الاختصاص الإجبارى لهذا القضاء . وإذا كان المشرع المصرى ميز فى سنتى ١٩٠٢ و ١٩٠٥ بين هذين النوعين ، فذلك راجع ، كما قدمنا ، إلى هذا التعميم الخاطىء للتحرير السامى وهو التعميم الذى كان شائعا الاعتقاد به فى ذلك العهد . وإلا فأن الأسباب التى تدعو لفصل المواريث الطبيعية عن مواد الأحوال الشخصية ، فيجعل الاختصاص فيها اختياريا ، متوافرة كلها فى المواريث الإيصائية . إذ المواريث كلها ، طبيعية كانت أو إيصائية ، لا تندرج فى المسائل الدينية الروحية التى تقتضى أن يكون المجلس الملى هو المختص بنظرها كما هو الأمر فى مسائل الزواج . والوصية للكنائس والأديرة جائزة عند أبى حنيفة ، فسلم بذلك لغير المسلمين الأغراض الدينية التى قد يسعون لتحقيقها من طريق الوصية . ثم أن الميراث والوصية متلازمان وكل منهما يكمل الآخر ، والفصل بينهما يخل بالتناسق الذى ينبغى أن يسود قواعد انتقال المال بعد الموت . وقد رأينا — وسنرى بالتفصيل فيما يلى — أن القاعدة التى تقضى بأن الوصية لا تجوز إلا فى الثلث ولغير وارث هى تكملة ضرورية لقواعد الميراث . وليس من المصلحة فى شيء ، فى الوقت

الذى تسرى فيه على مواريث غير المسلمين قانون موحد هو الشريعة الإسلامية ، أن تسرى على وصاياهم قوانين متنوعة متضاربة .

(٦) ويؤيد الرأى الذى نقول به ، من أن لفظ 'المواريث' فى لائحة الأقباط الأرثوذكس تشمل الوصايا ، القضاء والفقه فى مصر .

أما القضاء فالكثير من أحكامه على هذا الرأى : انظر استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٨٩ ب ١ ص ١٠١ — ١٨ أبريل سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٢٥٢ — ١٢ يونيه سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٣٦٧ — ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ ب ١٤ ص ١٤٠ — ٧ مايو سنة ١٩٠٢ ب ١٤ ص ٢٨١ . وسنعود إلى القضاء ببيان أوفى فيما يلى .

وحسبنا أن نستشهد فى الفقه برأى الأستاذ سيزوستريس باشا نفسه ، وهو الذى لا يمكن أن يتهم بالتفريط فى حقوق القضاء الملى . فهو يقول فى كتابه عن البطركخانات ص ٣٠٨ :

“Le décret du 14 mai 1883 pour les Coptes orthodoxes, tout en soumettant à la compétence exclusive des tribunaux patriarcaux toutes les matières du statut personnel proprement dit, comme l'ont fait après lui le décret du 1er mars 1902 et la loi du 18 novembre 1905, ne distingue nullement, à la différence de ceux-ci, entre les successions testamentaires et les successions ab intestat, et ne soumet les questions qui les concernent à la juridiction patriarcale que dans le cas d'accord des parties intéressées. Il suit de là que les testaments, en ce qui concerne les Coptes orthodoxes, ne doivent relever de la compétence ecclésiastique que si toutes les parties

consentent à sa juridiction, malgré les dispositions contraires contenues dans les Hautes Circulaires de 1891 postérieures à ce décret, et ce. conformément à la thése que nous avons déjà soutenue„.

ويشير الأستاذ سيزوستريس باشا فى العبارة الأخيرة إلى أن التحريرات السامية الصادرة فى سنة ١٨٩١ لا تتاش تشريعاً مصريا ، وذلك على اعتبار أنها عممت الاختصاص الإجبارى فى الوصية . والواقع أن الأستاذ ليس فى حاجة إلى هذه الملاحظة ، لأن هذا التعميم المزعوم لا ظل له من الحقيقة كما قدمنا .

٦٤ — يخلص من ذلك أن الوصية ، بالنسبة للأقباط الأرثوذكس ، لا تدخل فى اختصاص المجلس الملى إلا إذا كان الخصوم جميعاً من الأقباط الأرثوذكس وتراضوا كلهم على قضاء المجلس الملى وعلى تطبيق أحكام ملتهم . فإذا لم يتم هذا التراضى كانت المحاكم الشرعية هى المختصة ، ووجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية .

ثانياً — دكريتو سنة ١٩٠٢ الخاص بالطوائف الإنجيلية

ودكريتو سنة ١٩٠٥ الخاص بالأرمن الكاثوليك

٦٥ — نظم القضاء الملى للطوائف الإنجيلية بمقتضى الدكريتو الصادر فى أول مارس سنة ١٩٠٢ . ونظم القضاء الملى للأرمن الكاثوليك بمقتضى الدكريتو الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٥ ، بالتصديق على لائحة المجلس الملى لهذه الطائفة . ونبدأ بنقل النصوص التى تعنينا فى هذين التشريعين .

نصت المادة ٢١ من دكريتو سنة ١٩٠٢ على ما يأتى :

« يختص المجلس العمومى بسماع وفصل جميع المسائل المتعلقة بإدارة الأوقاف الخيرية أو بالأحوال الشخصية التى تقع بين كنائس إنجيلية أو بين إنجيليين وطنيين ، وكذلك المسائل المتعلقة بهم فيما يتعلق بهذه المواد » .

« على أن هذا الاختصاص لا يتناول أية مادة من المواد التى لا يمكن الفصل فيها إلا بإحضار أشخاص غير إنجيليين أمام المجلس بصفة خصوم فى الدعوى ، ولامسائل المواريث الخالية من الوصية succession ab intestat إلا فى حالة ما إذا قبل الخصوم التقاضى أمام المجلس المذكور » .

والمادة ١٦ من دكريتو سنة ١٩٠٥ الخاصة بالأرمن الكاثوليك تطابق المادة ٢١ من دكريتو سنة ١٩٠٢ المتقدمة الذكر .

٦٦ — ويؤخذ من هذه النصوص ما يأتى :

(أولا) ان اختصاص القضاء الملى لكل من طائفتى الإنجيليين والأرمن الكاثوليك مقصور على أبناء الطائفة ، وبشرط ألا تكون الخصومة مما لا يمكن الفصل فيه إلا بإحضار أشخاص من غير أبناء الطائفة بصفة خصوم فى الدعوى .

(ثانياً) أن هذا الاختصاص يتناول مسائل الأحوال الشخصية على التفصيل الآتى :

(١) مسائل الزواج وما يتصل به من مهر وجهاز وطلاق وعدة ونسب ونفقة وغير ذلك ، لا شك فى أن القضاء الملى مختص بها اختصاصاً إجباريا ، تراضى الخصوم على هذا الاختصاص أو لم يتراضوا .

(ب) مسائل الأهلية والولاية والوصاية والحجر والقوامة . لا شك فى أنها لا تدخل فى اختصاص القضاء الملى أصلا ، وهى الآن من اختصاص المجالس الحسبية كما هو معروف .

(ح) مسائل المواريث الطبيعية (succession ab intestat) لا تدخل فى اختصاص القضاء الملى إلا اختياراً ، أى إلا إذا تراضى الخصوم على هذا القضاء .

(د) بقيتْ المواريث الإيصائية — الوصايا — وهذه لا تشملها طبعاً عبارة "المواريث الطبيعية" (succession ab intestat) كما قدمنا عند الكلام فى القضاء الملى للأقباط الأرثوذكس . فهى تندرج إذن تحت عموم عبارة « الأحوال الشخصية » ، وتدخل فى الاختصاص الإجبارى للقضاء الملى .

٦٧ — ويبقى غريبا هذا التمييز غير المفهوم بين المواريث الطبيعية والمواريث الإيصائية عند بعض الطوائف دون البعض الآخر . وكان الواجب ألا يميز بين هذين النوعين من المواريث ، عند أية طائفة ، لا من ناحية جهة الاختصاص ، ولا من ناحية القانون الواجب التطبيق . بل كان ينبغى أن تكون المحاكم الشرعية هي المختصة ، والشريعة الإسلامية هى الواجبة التطبيق عند الجميع ، حتى تتوحد جهة الاختصاص ويتوحد القانون فى مسائل هامة كالمواريث ، هى أقرب إلى نظام الأموال منها إلى نظام الأشخاص ، وهى على كل حال لا تتصل بالدين اتصالا وثيقا .

وقد قدمنا أن السبب فى هذا التمييز الغريب ما بين النوعين من

المواريث عند طائفتى الإنجيليين والأرمن الكاثوليك يرجع إلى هذا الخطأ الذى كان شائعا من تعميم أحكام الوصية على جميع الطوائف غير الإسلامية.

ومما يقطع فى صحة ما ذهبنا إليه من أن هذا هو السبب أن المستشار القضائى فى تقريراته السنوية يشير إلى ذلك إشارة صريحة.

فيقول فى التقرير الصادر فى سنة ١٩٠٠ (ترجمة عربية ص ٣٤) :

« أنشئت طائفة الإنجيليين الوطنيين بموجب فرمان همايونى فى سنة ١٨٥٠ ، تعين بمقتضاه وكيل للطائفة ، وخولت له سلطة محدودة فيما يختص بالإنجيليين فى المواد المختلفة بالأحوال الشخصية (الزواج والطلاق والمواريث والوصاية الخ) ، وعين وكيل لهذه الطائفة فى القطر المصرى بإرادة سنية فى سنة ١٨٧٨ ، ولم تحدد سلطة هذا الوكيل حق التحديد . لكنها ربما أصبحت الآن مقيدة بما تضمنه الخطاب الصادر فى ٣١ يوليه سنة ١٨٩١ من الديوان الخديوى القاضى بأن قواعد الاختصاص المقررة للبطرخانة الأرمنية والبطرخانة اليونانية بموجب المنشورين الصادرين من الباب العالى المنوه عنهما فى هذا الخطاب يلزم اعتبارها بوجه عام سارية على جميع الطوائف غير الإسلامية . ويمكن هنا أن ألاحظ أن هذين المنشورين لم يكونا على ما يلزم من الدقة التامة من جهة الشكل القانونى ، بل لم يكن بينهما تمام التوافق والملاءمة » . ثم يلى ذلك تلخيص لأحكام دكريتو سنة ١٩٠٢ ، وكان فى سنة ١٩٠٠ لا يزال مشروعا .

فنحن نرى أن المستشار القضائى يقول بصريح العبارة أن التحرير

السامى الصادر فى سنة ١٨٩١ عمم أحكام التحريرين الساميين اللذين صدرا قبله فى نفس السنة ، وأن هذا يشمل طائفة الإنجيليين كما يشمل كل طائفة أخرى ، أى إنه يردد الخطأ الذى كان شائعا فى ذلك الوقت ، والذى بنى عليه دكريتو سنة ١٩٠٢ للإنجيليين ودكريتو سنة ١٩٠٥ للأرمن الكاثوليك . على أن المستشار القضائى لا يتمالك من ملاحظة ما يحيط التحريرين الساميين اللذين عممت أحكامهما خطأ من الإبهام والغموض ، وما بينهما من عدم التوافق والملاءمة . ولكنه يقتصر على هذه الملاحظة ، دون أن يشير إلى موضع الخطأ .

وفى التقرير الصادر فى سنة ١٩٠٢ يعود المستشار القضائى إلى ذكر طائفة الإنجيليين الوطنيين بمناسبة صدور الدكريتو المنظم للطائفة فى نفس السنة . فيقول (ترجمة عربية ص ٣٧ — ص ٣٨) :

« تكلمت ببعض التوسع فى تقريرى عن سنة ١٩٠٠ (ص ٣٤) على المسائل التى عرضت بسبب طلب الكنيسة المشيخية المتحدة المصرية تشكيل مجلس عمومى لها ، ولخصت أهم أحكام المشروع الذى كان أعد وقتئذ على أثر المخابرات الطويلة التى جرت بناء على هذا الطلب . ولقد عرض المشروع المذكور من ذلك الحين على مجلس النظار ثم على مجلس الشورى ، وأدخلت عليه تعديلات طفيفة إجابة لرغائب هذا المجلس الأخير . ثم صدر به الأمر العالى فى أول مارس سنة ١٩٠٢ ، ونشر فى عدد ٢٢ من الجريدة الرسمية الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٠٢ . . . . وعلى أى حال فإن الأمر العالى المذكور تلافى ما كان يتظلم منه فى الماضى الإنجيليون الوطنيون ، وجعلهم فيما يختص

بالمسائل الأساسية أسوة باقى الطوائف الوطنية المسيحية ، وما على الأفراد والكنائس ذات الشأن إلا أن تستفيد من قانون وضع فى صالحهم » .

إذن فدكريتو سنة ١٩٠٢ لم يرد إلا أن يجعل الإنجيليين إسوة باقى الطوائف الوطنية المسيحية . ولم يرد أصلا أن يميزهم عن هذه الطوائف . ولما كان شائعا فى ذلك الوقت أن القضاء الملى للطوائف الوطنية المسيحية لها اختصاص إجبارى فى مسائل الوصية بناء على هذا التعميم الخاطئ الذى سبقت الإشارة إليه ، فقد أعطى المشرع طائفة الإنجيليين ، ومن بعدهم طائفة الأرمن الكاثوليك ، اختصاصاً إجباريا فى مسائل الوصية . وهو لم يرد بعد إلا أن يسوى بين الطوائف غير الإسلامية . فإذا تبين الآن أن الطوائف غير الإسلامية ليس لها هذا الاختصاص الإجبارى ، وأن هذا الزعم خاطئ ، أيكون من الجائز إبقاء هذا الاختصاص الإجبارى لطائفتى الإنجيليين والأرمن الكاثوليك ، فتتميز هاتان الطائفتان على غيرهما من الطوائف الأخرى ، فى حين أن المشرع لم يرد إلا أن يسوى بينهما وبين هذه الطوائف بعد أن كانتا دونها ؟؟

نظن أن الكلمة فى هذا الأمر للمشرع قبل أن تكون للقضاء .

٦٨ — ومهما يكن من أمر ، فإنه مع التسليم بأن الوصية تدخل فى الاختصاص الإجبارى للقضاء الملى بالنسبة لطائفتى الإنجيليين والأرمن الكاثوليك ، لا يمكن القول أصلا ، إن هذا القضاء الملى ، وهو ينظر فى الوصايا ، يستبيح لنفسه أن يخرق القواعد الأساسية للميراث طبقاً لما قررته الشريعة الإسلامية . فإن هذه القواعد يجب أن تبقى محترمة ، وألاّ يحاد عنها ،

ما لم تتفق الخصوم على مخالفتها وتطبيق قواعد ملتهم . ذلك أنه من المتفق عليه أن أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث هى التى تطبق على غير المسلمين ما لم يتراضوا على قانونهم الملى . ومن هذه الأحكام حكم أساسى لا يمكن إغفاله ، وهو الحكم القاضى بأن الوارث يحتفظ له بنصيب معين فى التركة لا يمس وهو الثلثان réserve légitime ، وإن الوارث من جهة أخرى لا يستطيع أن يتلقى فوق نصيبه الشرعى فى الميراث نصيباً آخر عن طريق الوصية .

فالقاعدة التى تقضى بأنه لا تجوز الوصية إلا فى الثلث ولغير وارث هى من قواعد الميراث الأساسية على حسب التكييف القانونى المعروف فى الشريعة الإسلامية . ونتناول الآن هذه المسألة الهامة لنبين :

(أولا) أن التكييف القانونى فى مسائل الأحوال الشخصية ولو لغير المسلمين ، يجب أن تتبع فيه الشريعة الإسلامية .

(ثانياً) أن قاعدة عدم جواز الوصية فى أكثر من الثلث ولغير وارث هى ، حسب التكييف القانونى للشريعة الإسلامية ، من قواعد الميراث الأساسية ، فحيث تطبق أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث يجب أن يطبق معها هذا الحكم الهام الجوهرى .

٦٩ — (أولا) : فإما أن التكييف القانونى فى مسائل الأحوال الشخصية يجب أن تتبع فيه الشريعة الإسلامية ، فهذا واضح لسببين :

(١) لأن الشريعة الإسلامية هى القانون العام للمصريين فى مسائل الأحوال الشخصية . فحيث لا يوجد نص خاص فى قضية معينة يقضى

بتطبيق قانون طائفى معين ، وجب تطبيق الشريعة الإسلامية . وكثيراً ما تطبق هذه الشريعة على غير المسلمين كما رأينا .

(٢) لأن الشريعة المسيحية لم تأت بأحكام كاملة فى مسائل الأحوال الشخصية . وإذا رجعنا إلى « مختصر القواعد الأساسية فى الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية » كما هى مذكورة فى مجموعة جلاد (الجزء الخامس : الأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية ص٣٩٩) ، نقرأ العبارات الآتية :

« إن الشريعة المسيحية لم تأت بأحكام خصوصية دينية فى شأن الولى والوصى والحجر والهبة والوصية واللقيط وتصرفات المريض والمواريث لأن المسيحين يخضعون ديانة لأحكام ملوكهم فى مثل هذه الأمور حيث كانت تلك الأحكام مطابقة لقواعد العدل والحق ، فتسرى إذن على المسيحين العثمانيين شرائع ملكهم العثمانى (حيث كانت مطابقة لقواعد العدل والحق) ، كما أن شرائع فرنسا وإيطاليا وانجلترا الخ تسرى فى هذه المواد على المسيحيين القاطنين فى كل من تلك الممالك . وعلى ذلك يرجع فى المسائل التى نحن بصددها إلى القسم الأول من هذا الكتاب : كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية صحيفة ١٠١ وما يليها (وهذه هى أحكام الشريعة الإسلامية فى المسائل المشار إليها) » .

ويقول الأستاذ أحمد صفوت بك فى كتابه عن القضاء الملى (ص ٥٥) :

« والطلاق هو المسألة الوحيدة التى ورد بصددها نص فى الأنجيل فى قوله : وقيل من طلق امرأته فليعطها كتاب طلاق ، وأما أنا فأقول لكم أن

من طلق امرأته إلا لعلة الزنا يجعلها تزنى ، ومن يتزوج مطلقة فإنه يزنى » .

٧٠ — وفى معنى أن الشريعة الإسلامية هى القانون العام للمصريين فى الأحوال الشخصية ، تقول محكمة الاستئناف المختلطة فى حكمها الصادر فى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٣ (جازيت ٢٤ ص ١٢٠ رقم ١١٢) :

"Les chrétiens d' Orient, gouvernés par des musulmans et vivant avce eux, ont été amenés insensiblement, mais irrésistiblement, à adoptèr leurs coutumes et à gouverner librement leurs rapports entre eux ainsi que leurs rapports avec les biens, par les régles que fournit le système juridique applicable dans les pays où ils vivent : le systéme de droit musulman . . . . Les communautés des sujets chrétiens elles-mêmes dans ce pays appliquent, pour la plupart, le droit musulman tont au moins dans la régle. Il échet de mettre en relief que les astreindre en matière de statut personnel à des règles civiles d'un droit déterminé imposé par la souverainelé locale n'est pas les astreindre à des convictions religieuses autres que les leures .... Le droit civil régissant en Egypte les matières de statut personnel des sujets locaux, à quelque religion et à quelque rite qu'ils appartiennent, est celui du droit musulman rite hanefite, sauf lorsque les lois en vigueur en Egypte ont établi des exceptions, et sauf encore peut être, lorsque les Tribunaux constatant qu'un conflit intolérable se produit entre la loi du statut personnel applicable et un principe essentiel de la religion de l'intéressé dans une question qui n' a pas un caractére civil on patrimonial".

٧١ — وإذا أردنا أن نرد هذه المسألة إلى أصل من أصول القانون الدولى الخاص ، أمكن أن نقول إن مصر ذات نظام قانونى مركب

(système juridic complexe) ، ويعرف الأستاذ أرمانجون هـذا النظام في كتابه في القانون الدولي الخاص (جزء أول سـنة ١٩٢٥ ص ٩٥) على الوجه الآتي :

"Un système juridique complexe est un systéme juridique composé de plusieurs systèmes juridiques reliés par des règles de rattachement; des régles cmstitutives, des institutions jnridictionnelles on administratives communes qui en font comme un système de systèmes juridiques. Les systèmes juridiques ainsi combinés et coordonnés peuvent être dits conjoints; ils sont soit territoriaux, soit personnles. Parmi les systemes conjoints, il s' en trouve un qui peut être dit dominant . . . par rapport aux systemes subordonnés. Le systeme juridique dominant est sinsi nommé parce que ses règles constitutives de qualification et de rattachement l'emportent, en cas de conflit, sur celles des systèmes subordonnés".

(انظر أيضاً المؤلف المذكور ص ١٢٥ — ص ١٢٦) .

فالدولة ذات النظام المركب تكون لها نظم قانونية متعددة . ومصر ، كما هو معروف ، تتعدد فيها النظم القانونية ، وبخاصة في الأحوال الشخصية . وبين قوانين الأحوال الشخصية المتعددة يوجد قانون مسيطر ، هو الشريعة الإسلامية ، تجرى قواعد التكييف على مقتضاها .

٧٢ — (ثانياً) : وننتقل الآن إلى إثبات أن القاعدة التي تقضي بأن الوصية لا تجوز إلا في الثلث ، ولغير وارث تعتبر ، وفقاً لتكييف الشريعة الإسلامية ، من قواعد الميراث .

لا شك فى أن القاعدة هى حلقة الاتصال بين الميراث والوصية . فهى تحدد أمرين جوهريين .

(١) النصاب الذى تجوز فيه الوصية (quotité disponible) ، فهى تتصل بالوصية من هذا الوجه .

(٢) القدر الأدنى من التركة الواجب إبقاؤه للوارث réserve légitime فلا يجوز أن يقل هذا القدر عن ثلثى نصيبه فى التركة كلها . والقدر الأعلى الذى يجوز له أخذه ، فلا يصح له ، بصفته وارثا ، أن يزيد ما يأخذه عما حدده له الشرع من نصيب ، ولا يجوز للمورث أن يعطيه من طريق الوصية أكثر من هذا القدر . فالقاعدة من هذا الوجه تتصل اتصالا وثيقاً بالميراث ، وتعتبر من أسسه الجوهرية .

فإذا صح ما قلناه فإنه يعنى أمرين :

(١) إن التصوير القانونى الصحيح للوصية ، طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، لا يكون فى اعتبار الشىء الموصى به خارجاً من التركة يبدأ بأخذه منها ، وما يبقى يكون تركة يتعلق بها حق الوارث ، كما يقول الأستاذ صليب سامى باشا فى مذكرته ، بل يجب أن يكون الأمر على العكس من ذلك ، فيكون الموصى به داخلا ضمن التركة ، ويكون كل من الموصى له والوارث مستحقاً لنصيب فى التركة ، هذا بقدر ما حددته إرادة الشارع ، وذلك بقدر ما حددته إرادة الموصى . ومعنى ذلك أن الموصى له لا يتقاضى ديناً من التركة ، بل يأخذ جزءاً منها . والفرق بين التصورين واضح .

(٢) وينبنى على هذا التصوير الصحيح أن زيادة الوصية على الثلث

والوصية لوارث فيه إبطال لحق الورثة ، لأن الموصى له يكون قد أخذ جزءا من التركة هو من حق الوارث .

٧٣ — فمتى ثبت هذا التصوير القانونى فى الشريعة الإسلامية ، وتبين أن الموصى له لا يتقاضى دينا من التركة ولكن يأخذ جزءا منها ، وأن هذا الجزء لا يجوز أن يزيد عن حد معين وإلا كان فى هذا إبطال لحق الوارث ، وضح بجلاء أن القاعدة التى نحن بصددها هى من القواعد الأساسية فى الميراث ، إذ هى تعرض بطريق مباشر إلى تحديد التركة فتدخل فيها القدر الموصى به ، وإلى تحديد حق الوارث فتعتبر الزيادة على الثلث أو الوصية لوارث إبطالا لحقه .

وها نحن نثبت الآن بالنصوص الصريحة من أمهات الكتب المعتمدة هذين الأمرين اللذين قدمناهما : أن الموصى له لا يتقاضى دينا على التركة بل يأخذ جزءا منها ، وأن الزيادة على الثلث أو الوصية لوارث فيه إبطال لحق الورثة .

٧٤ — جاء فى البدائع (جزء ٧ ص ٣٣٥) :

« أما معنى تقدم الوصية على الميراث ، فليس معناه أن يخرج الثلث ويعزل عن التركة ، ويبدأ بدفعه إلى الموصى له ، ثم يدفع الثلثان إلى الورثة . لأن التركة بعد قضاء الدين تكون بين الورثة وبين الموصى له على الشركة ، والموصى له شريك الورثة فى الاستحقاق كأنه واحد من الورثة ، لا يستحق الموصى له من الثلث شيئا قل أو كثر إلا ويستحق الورثة منه ثلثيه . ويكون

فرضهما معاً لا يقدم أحدهما على الآخر ، حتى لو هلك شيء من التركة قبل القسمة يهلك على الموصى له والورثة جميعا ، ولا يعطى الموصى له كل الثلث من الباقى ، بل الهالك يهلك على الحقين ، والباقى يبقى على الحقين ، كما إذا هلك شيء من المواريث بعد الوصايا . بخلاف الدين فإنه إذا هلك بعض التركة وبقى البعض يستوفى كل الدين من الباقى . وإنما معناه أنه يحسب قدر الوصية من جملة التركة أولا لتظهر سهام الورثة ، كما تحسب سهام أصحاب الفرائض أولا ليظهر الفاضل للعصبة . ويحتمل أن يكون معنى قوله تبارك وتعالى : يوصيكم الله فى أولادكم للذكر إلى قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها ، أى سوى مالكم أن توصوه من الثلث أوصاكم الله بكذا ، وتكون ' بعد ' بمعنى ' سوى ' والله تعالى عز شأنه أعلم » .

ألا ترى فيما نقلناه عن البدائع أن الكاسانى يحلل حق الموصى له فى التركة تحليلا دقيقا ، فيجعله جزءا من التركة لا دينا عليها ، ويقول ذلك بصريح العبارة . بل هو يقارن بين التصويرين إذا هلك شيء من التركة ، فالهالك لا يهلك على الدائن ، ولكن يهلك على الموصى له والورثة جميعا لأن « الموصى له شريك الورثة كأنه واحد من الورثة » . ثم يفسر معنى تقدم الوصية على الميراث بوجوب البدء بحساب قدر الوصية من جملة التركة « لتظهر سهام الورثة كما تحسب سهام أصحاب الفرائض أولا ليظهر الفاضل للعصبة » ، أو أن المراد من قوله تعالى : من بعد وصية يوصى بها ، إن أنصبة الورثة فى الميراث قد أوصى بها الله سوى ما للمورث أن يوصى به من ثلث

التركة ، فيكون الميراث وصية الله وإلى جانبها وصية المورث .

٧٥ — وهذا المعنى نفسه نراه فى المبسوط (جزء ٢٨ ص ١١١) ، فيقول السرخسى :

« الموصى له بالثلث شريك الوارث فى التركة ، ولهذا يزاد حقه بزيادة التركة وينتقص بنقصان التركة . ولا يقدم تنفيذ الوصية له على تسليم الميراث إلى الوارث لوجهين ، أحدهما أن الاستحقاق ثبت له بمثل ما ثبت به الاستحقاق للوارث ، وهو السهم السابع المذكور ممن يملك الإيجاب له ، فالميراث للورثة مذكور فى كتاب الله تعالى بذكر السهام والسدس والربع والثلث ، فالوصية بالثلث والربع والسدس تكون مثل ذلك . والثانى أن الإيجاب فى الابتداء كان إلى الموصى للأقارب والأجانب جميعا ، ثم بين الله تعالى نصيب الأقارب فى آية المواريث ، فبقى الإيجاب للأجانب فى محل الوصية على ما كان إلى الموصى ، وهو بهذا الإيجاب يجعل الموصى له خليفة نفسه فيما سمى له لأن الوارث خليفته شرعا . ألا ترى أن الوصية بثلث المال صحيحة فيمن لا مال له فى الحال ، فعرفنا أنه أثبت له الخلافة ، ثم ملك المال من ثمرات تلك الخلافة ، ولهذا كان وجوبها بالموت بمنزلة الوراثة » .

ثم يقول فى هلاك ما يهلك من التركة على الموصى له والورثة جميعا (ص ١١٢) :

« أن المال بالموت صار مشتركا بين الوارث والموصى له . والأصل فى المال المشترك إذا توى منه شىء أن التاوى يكون من نصيب الشركاء

بالحصة ، والباقى كذلك ، لأنه ليس بعضهم بإدخال الضرر عليه بالتوى أولى من البعض الآخر » .

فالسرخسى يقرر هو أيضا أن الموصى له شريك الوارث فى التركة ، فيزيد حقه وينقص تبعا لزيادة التركة أو نقصها . وإذا هلك من التركة شىء هلك على الموصى له والوارث معاً . ويزيد بأن يعقد مقارنة طريفة بين الوارث والموصى له فيجعلهما سواء فى خلافتهما للمورث ، هذا خليفة بإيجاب من المورث ، وذلك خليفة بإيجاب من الله . وكان الأصل أن الإيجاب يكون للمورث « للأقارب والأجانب جميعاً » . ولكن الله تعالى أوجب للأقارب (أى للورثة) بأن بين أنصبتهم . فبقى إيجاب المورث للأجانب فى محل الوصية (أى فيما لا يزيد على الثلث ولغير وارث) على ما كان .

هذه النصوص تقطع إذن فى أن الموصى له لا يتقاضى دينا على التركة ولكن يأخذ جزءا منها ، ونكتفى بما أوردناه من النصوص ، وإلا فإن كتب الفقه ملأى بأمثالها .

٧٦ — وننتقل إلى النقطة الثانية ،وهى أن الزيادة على الثلث أو الوصية لوارث فيه إبطال لحق الورثة .

جاء فى تكملة فتح القدير لقاضى زادة (جزء ٨ ص ٢٦٩) :

« عند الموت حق الورثة متعلق بماله فى قدر الثلث . فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن إبطال حقهم ، وذلك لا يجوز من غير إجازتهم » .

وجاء فى المبسوط (جزء ٢٩ ص ٢) :

« وإذا ترك الرجل ابنين فأوصى لأحدهما بنصف ماله ، فأجاز ذلك أخوه ، أخذ نصف المال بالوصية ، والباقى بينهما نصفان ، لأن الوصية بما زاد على الثلث والوصية لوارث إنما تمتنع بقوله لحق الورثة . . . . فإذا وجدت الإجازة فقد زال المانع » .

وجاء فى المبسوط أيضا (جزء ٢٩) :

« فأما ما زاد على الثلث لا يظهر فيه تقديم الوصية ، لأن حق الوارث فيه يمنع للوصية » .

وجاء فى البدائع (جزء ٧ ص ٣٣٧) عند ذكر شرائط الوصية فيما يرجع إلى الموصى له .

« ومنها ألا يكون وارث الموصى وقت موت الموصى ، فإن كان لا تصح الوصية ، لما روى عن أبى قلابة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إنه قال : إن الله تبارك وتعالى أعطى كل ذى حق حقه ، فلا وصية لوارث . وفى هذا حكاية ، وهى ما حكى أن سليمان بن الأعمش رحمه الله تعالى كان مريضا ، فعاده أبو حنيفة رضى الله عنه فوجده يوصى لإبنيه . فقال أبو حنيفة رضى الله عنه أن هذا لا يجوز . فقال ولم يا أبا حنيفة . فقال لإنك رويت لنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث ، فقال سليمان رحمه الله يا معشر الفقهاء أنتم الأطباء ونحن الصيادلة . فقد نفى الشارع عليه الصلاة والسلام أن يكون لوارث وصية نصا ، وأشار إلى تحول الحق من الوصية إلى الميراث على ما بينا فيما تقدم . ولأنا لو جوزنا الوصية للورثة لكان للموصى أن يؤثر بعض الورثة ، وفيه إيذاء البعض وإيحاشهم ، فيؤدى

إلى قطع الرحم وإنه حرام ، وما أفضى للحرام فهو حرام دفعا للتناقض » .

وهنا أيضا نرى صاحب البدائع يعلل منع الوصية للوارث تعليلين متميزين : ففيه رعاية لحق الورثة ، إذ يمنع إيذاءهم ، ويحول دون قطع الرحم فيما بينهم . وفيه ملاحظة لتحول حق الوارث من الوصية إلى الميراث ، أى أن صفة الوارثة تمتنع معها الوصية بعد أن تحول حق الوارث فانحصر فى الميراث .

ويقول الكاسانى أيضا فى البدائع (جزء ٧ ص ٣٣٥) :

أن الوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث تقف على إجازة وارثه . وإن لم يكن له وارث أصلا تصح من جميع المال كما فى المسلم والذمى . وكذلك إذا كان له وارث لكنه فى دار الحرب لأن امتناع الزيادة على الثلث لحق الورثة وحقهم غير معصوم ، لأنهم لا عصمة لأنفسهم وأموالهم ، فلأن لا يكون لحقهم الذى فى مال مورثهم عصمة أولى » .

فالكاسانى يعلل امتناع الزيادة على الثلث بأن ذلك لحق الورثة ، حتى لو أنه لا يوجد وارث جازت الوصية بكل المال . ولو وجد وارث فى دار الحرب كان كأنه غير موجود ، لأن حقه غير معصوم .

٧٧ — وحسبنا ما أوردناه من النصوص ، وهى تقطع فى أن القاعدة التى تقضى بأن الوصية لا تجوز إلا فى الثلث ولغير وارث هى من القواعد الأساسية فى الميراث . بل أن القاعدة لم تقرر فى الإسلام إلا فى صدد حماية حق الورثة . فقد « روى أن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه وهو سعد بن

مالك كان مريضا ، فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال يا رسول الله أوصى بجميع مالى ، فقال لا ، فقال بثلثى مالى ، قال لا ، قال فبنصف مالى ، قال لا ، قال فبثلث مالى ، فقال عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير ، إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » (البدائع جزء ٧ ص ٣٣٠) .

وترى صاحب المبسوط ، بعد أن يتكلم فى الوصية ويفرغ منها ، يتكلم فى الميراث ، ويجعل من أبوابه بابا لحساب الوصايا حيث يتولى شرح أحكام تزاحم الوصايا فى الثلث ، مما يقطع فى أن التصوير الفقهى للقاعدة التى نحن بصددها لا يمنع من أن تجعل بابا من أبواب الميراث .

٧٨ — وهذا هو نفس التصوير الذى نراه فى كتب الفقه الغربى ، حيث يتفق هذا الفقه مع الفقه الإسلامى فى إلحاق القاعدة بمسائل الميراث . ويقول الدكتور بغدادى فى رسالته (ص ٦٧ — ص ٦٨) فى صدد كلامه عن النظرية الإيطالية ما يأتى :

" .... la compétence de la loi nationale est reconnue en matière de succession légitime, non seulement pour ce qui a trait à la désignation et à l'ordre des successibles, et aux parts qui leur sont dévolues, mais encore pour ce qui touche à la quotité disponible, a la réserve et au partage ... En faisant dépendre les successions légitimes de la loi nationale, le législateur italien était nécessairement amené à soumettre a la même loi la validité intrinsique des dispositions testamentaires (art. 8 dispositions préliminaires du Code Civil). Les règles relatives â la validité intrinsique, étant les règles impératives

qui constituent à la fois la limite et la garantie de l'autonomic de la volonté individuelle en matière de transmission des biens mortis causa, sont indissolublement liées au régime des succèssions."

٧٩ — وقد يعترض على ما قدمناه بأننا إذا ألحقنا بمسائل الميراث القاعدة التى تقضى بأن الوصية لا تجوز إلا فى الثلث ولغير وارث ، فما الذى يبقى من القواعد حتى يدخل فى مسائل الوصية ؟

والاعتراض يسهل دفعه . فأن مسائل الوصية كثيرة ، منها شكلى يتعلق بصيغتها ، ومنها موضوعى يتعلق بأحكامها . ومن الأحكام الموضوعية بيان ركن الوصية هل تتم بإيجاب أو لابد فيها من القبول ، وأهلية الموصى بأن يكون من أهل التبرع ، ووجود الموصى له وقت الموت أو وقت الوصية ، وألا يكون الموصى به مجهولا جهالة فاحشة ، وجواز العدول عن الوصية قبل الموت ، وثبوت الملك فى المال الموصى به ، وغير ذلك من الأحكام المعروفة المدونة فى كتب الفقه وهى كثيرة .

٨٠ — أما أن الوصية لا تجوز إلا فى الثلث ولغير وارث ، فهى قاعدة من قواعد الميراث يجب على المجلس الملى احترامها والعمل بمقتضاها ، إلا إذا تراضى جميع الخصوم من ذوى الملة الواحدة على تطبيق قانون ملتهم ، كما هو الأمر فى سائر قواعد الميراث . وإلى هذا تشير محكمة النقض فى حكمها المشهور الصادر فى ٣١ يونيه سنة ١٩٣٤ عندما تقول : « أنه مع تسليم كل الطوائف المسيحية ، بأن المواريث إنما هى من اختصاص المحاكم الشرعية وحدها ما لم يتراض الخصوم — هذا التسليم يقتضى حتما بطلان الوصية للوارث ، لأنه

إذا وجدت تركة فيها وصية لوارث ، ورفع الأمر فيها للقاضى الشرعى بخصوص الإرث كما هو الواجب ، لحكم فى هذا الإرث طبعاً بمقتضى الشريعة الإسلامية ، ولأبطل الوصية للوارث » .

والواقع أن من المستحيل قانونا أن تخضع تركة واحدة لأحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالميراث ، ولأحكام قانون طائفى يجيز الوصية فى كل المال فيما يتعلق بالوصية . ذلك لأن خضوع التركة للشريعة الإسلامية فى الميراث معناه أن الوارث يخلص له ثلثا نصيبه فى التركة ، فإذا ما عرضت الوصية بكل المال على القضاء الملى وأجازها ، كان هذا أبطالا لحق الوارث ، والقضاء الملى لا يملك ذلك إلا برضاء الورثة . فلم يبق إذن ، رفعاً لهذا التعارض ، إلا أن يتقيد القضاء الملى باحترام حق الوارث ، فلا يجيز الوصية إلا فى الثلث ولغير وارث . . وفيما عدا ذلك من أحكام الوصية ، مما لا يصطدم بأحكام الميراث ، يطبق القانون الطائفى .

٨١ — ولعل من المفيد فى هذا الصدد أن نلفت النظر إلى المناقشات التى دارت فى مجلس شورى القوانين بشأن المادة ٢١ من دكريتو سنة ١٩٠٢ الخاص بالإنجيليين . إذ نقرأ فى محضر جلسة ١٠ دسمبر سنة ١٩٠١ ما يأتى :

« تليث المادة الحادية والعشرون . . . . . تقرر باتفاق الآراء . . . أن يعدل من الفقرة الثانية من ابتداء (ولا مسائل المواريث إلى آخر الفقرة) عما يأتى : كما أنه لا يختص به النظر فى مسائل المواريث إلا فى حالة ما إذا قسم المورث التركة قبل موته بوصية مستوفية شرائطها المعروفة ، أو إذا

رضى جميع الخصوم بالتقاضى أمام المجلس المذكور » . (انظر مجموعة محاضر جلسات مجلس شورى القوانين ١٩٠٠ — ١٩٠٣ ص ٦٠ — ص ٦١).

فمجلس شورى القوانين اقترح أن يخرج الوصية من الاختصاص الإجبارى للقضاء الملى للأنجيليين ، ولا يستبقى منها فى هذا الاختصاص إلا وصية قسم بمقتضاها المورث التركة قبل موته .

ولو أقر اقتراح مجلس الشورى لكان فى ذلك خطر كبير . إذ يستطيع الأنجيلى بمقتضى هذا النص المقترح أن يقسم تركته على ورثته ، فيعطى ما يشاء لمن يشاء ، كما هو نص قانونهم الملى ، أى أنه يستطيع حرمان بعض الورثة وإعطاء البعض الآخر أكثر من نصيبه الشرعى .

وكان الأفضل أن تترك مسائل الوصية جميعها للاختصاص الإجبارى للقضاء الملى ، حتى لا يفهم من تخصيص مسألة معينة ، هى بالذات التى تتعارض مع القاعدة التى نحن بصددها ، أن المشرع أراد إباحة المخالفة لهذه القاعدة . فإذا ما اختص المجلس الملى بجمع مسائل الوصية ، أصبح ميسوراً أن يطلب منه ألا يطبق من القواعد ما يصطدم مع أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث على النحو الذى قدمناه .

وهذا هو ما حدث بالضبط . فإن اقتراح مجلس الشورى لم يقبل . وصدر نص المادة ٢١ كما هو دون تعديل . فأصبحت جميع مسائل الوصية داخلة فى الاختصاص الإجبارى للمجلس الملى ، ووجب أن يراعى هذا المجلس عند النظر فى الوصايا ألا يصطدم مع أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث .

٨٢ — أما الطائفة الأخرى التى أدخلت الوصية فى اختصاص قضائها

الملى ، وهى طائفة الأرمن الكاثوليك ، فمن الميسور أن يطالب مجلسها بألا يصطدم عند نظر الوصية بأحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث ، لأنه يطبق فعلا أحكام الشريعة الإسلامية فى المواريث والوصايا (انظر فى ذلك مجموعة جلاد جزء ٥ فى الأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية ص ٣٩٩ — أحمد صفوت بك فى كتابه عن القضاء الملى ص ٩١) .

٨٣ — يخلص إذن من كل ما تقدم أن الطائفتين اللتين تُركت الوصية فى اختصاص قضائهما الملى ، وهما طائفتا الأنجيليين والأرمن الكاثوليك ، إذا أضيفت إليهما طائفة الروم الارثوذكس بفرض أنها هى أيضا حصلت على اختصاص قضائها بالوصية ، وجب أن يلتزم القضاء الملى لهذه الطوائف الثلاث ، عند النظر فى الوصايا ، بألا يصطدم بأحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث ، فيراعى القاعدة التى تقضى بأن الوصية لا تجوز إلا فى الثلث ولغير وارث .

---

(٣)

الحالة الراهنة للقانون المصرى

فيما يتعلق باختصاص القضاء الملى فى مسائل الوصية

---

٨٤ — وقد آن أن نستخلص من كل ما قدمناه الحالة الراهنة للقانون المصرى فيما يتعلق باختصاص القضاء الملى فى مسائل الوصية ، وهى موضوع قضيتنا .

يمكن تقسيم الطوائف غير الإسلامية فى مصر — من حيث اختصاص القضاء الملى بنظر قضايا الوصية — إلى قسمين :

(ا) طوائف الروم الأرثوذكس والانجيليين والأرمن الكاثوليك :

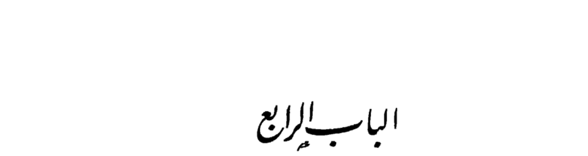
وهذه يختص قضاؤها الملى اختصاصا إجباريا — على خلاف فى الرأى بالنسبة للروم الأرثوذكس — بنظر قضايا الوصية ، الطائفة الأولى بمقتضى التحرير السامى الصادر فى سنة ١٨٩١ ، والطائفة الثانية بمقتضى دكريتو سنة ١٩٠٢ ، والطائفة الأخيرة بمقتضى دكريتو سنة ١٩٠٥ . ولكن لا يجوز للقضاء الملى فى هذه الطوائف الثلاث ، عند نظر الوصايا ، أن يصطدم بأحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث على النحو الذى قدمناه .

(ب) الطوائف الأخرى بما فى ذلك طائفتا الأقباط الأرثوذكس والأرمن الأرثوذكس : وهذه الطوائف جميعا لا يختص قضاؤها الملى بنظر الوصية إلا اختصاصا اختياريا . فإذا لم يتراض الخصوم من الملة الواحدة على القضاء الملى كانت الوصية من اختصاص المحاكم الشرعية ، ووجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية . وهذا هو ما يقضى به الخط الهمايونى الصادر فى سنة ١٨٥٦ (وهو لا يزال واجب التطبيق فى مصر بمقتضى تشريع سنة ١٩١٥) وما يقضى به كذلك دكريتو سنة ١٨٨٣ بالنسبة للأقباط الأرثوذكس .

٨٥ — هذه هى الحالة الراهنة للقانون المصرى بشأن اختصاص القضاء الملى بالنظر فى مسائل الوصية . وقد استعرضنا الطوائف غير الإسلامية

طائفة طائفة ، وأيدنا ما قررناه فى شأنها بالنصوص القانونية والسوابق التاريخية .

ويستخلص مما قدمناه أن وصية غير المسلم لا تجوز إلا فى الثلث ولغير وارث ، سواء أكانت داخلة فى اختصاص القضاء الملى وهـذا هو النادر ، أم كانت داخلة فى اختصاص المحاكم الشرعية كما هو الغالب .


الباب الرابع

الباب الرابع

أحكام القضاء المصرى

فى مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين

---

٨٦ — لم يكن القضاء المصرى مضطردا مستقرا على معنى واحد . فقد اضطرب هذا القضاء ، وتنقل من رأى إلى آخر ، حتى استقر أخيراً على الرأى الذى قضت به المحكمة العليا فى سنة ١٩٣٤ .

ويمكن القول بوجه عام أن القضاء المصرى بدأ أول الأمر يفسر الخط الهمايونى تفسيرا صحيحا . فيقرر أن القضاء الملى فى الأحوال الشخصية قضاء اختيارى لا إجبارى ، ثم اضطرب بعد ذلك ، فذهبت بعض الأحكام إلى أن القضاء الملى إجبارى فى جميع الأحوال الشخصية . والسبب فى هذا الاضطراب يرجع إلى الخطأين اللذين انتشرا ولم يمحصا إلا منذ عهد قريب : خطأ يرجع إلى التعميم المزعوم لأحكام التحرير السامى الصادر فى سنة ١٨٩١ ، وخطأ آخر يرجع إلى فهم غير صحيح للنصوص التى وردت فى التشريعات العامة وفسرت بأنها تعرض للتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية .

ولكن هذا الاضطراب لم يدم . واستقر القضاء المصرى بوجه عام على أن القضاء الملى قضاء اختيارى فى مسائل الأحوال الشخصية إلا فيما استثنى بنص خاص ، وأن وصية غير المسلم لا تجوز إلا فى الثلث ولغير

وارث . وثبت القضاء على هـذا الرأى بعد أن أخذت به المحكمة العليا فى حكمها المشهور .

ونستعرض الآن أحكام القضاء الأهلى ، فالقضاء الشرعى ، فالقضاء المختلط . ثم نقف قليلا عند حكم محكمة النقض ، وهو الذى يعتبر دستورا للقضاء فى هذا الموضوع الخطير .

---

(١)

أحكام القضاء الأهلى

٨٧ — بدأ القضاء الأهلى يقرر أن القضاء الملى قضاء اختيارى فى مسائل الأحوال الشخصية . بل ذهب إلى أن هذا القضاء الاختيارى لا يمنع من اختصاص المحاكم الشرعية بالنظر فى هذه المسائل .

فقضت محكمة الاستئناف الأهلية فى ٩ فبراير سنة ١٨٩٢ (الحقوق ٧ ص ٥) بأن المحاكم الشرعية مختصة بالنظر فى كافة المواد الشرعية بين جميع الطوائف الوطنية ، بما فى ذلك المواد المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وأن وجود مجلس الأقباط الأرثوذكس وتكليفه بالنظر فيما يحصل بين أبناء ملته من الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وتكليفه أيضا بملاحظة قيد الوصايا بالسجل المعد لها بالبطرخانة ما هو إلا إباحة له بأعمال كان أبناء ملته من قبل

ممنوعين من عملها . إذ يبعد أنه يريد منع المحاكم الشرعية من النظر فى مسائل الأحوال الشخصية بين الأقباط ، مع عدم ذكر اللائحة المبيحة للمجلس المذكور النظر فى المسائل المذكورة أنها ملغية لما عداها .

٨٨ — ولكن ما لبث القضاء الأهلى أن اضطرب كما قدمنا . فذهبت أحكام إلى أن القضاء الملى قضاء إجبارى بالنسبة لجميع الأحوال الشخصية ، أما انقياداً لهذا التعميم الخاطئ لأحكام التحرير السامى الصادر فى سنة ١٨٩١ ، وأما ذهابا فى تفسير النصوص التى وردت فى التشريعات العامة المذهب الخاطئ الذى أشرنا إليه .

فمن الأحكام التى جرت وراء التعميم الخاطئ لأحكام التحرير السامى الصادر فى سنة ١٨٩١ ، الحكم الصادر من محكمة أسيوط فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٢٤ (المحاماة ٥ ص ٣٢٨) ، وهو يقضى بأن الامتيازات التى منحها الباب العالى لطائفة الروم الأرثوذكس تشمل جميع الطوائف الأخرى الغير المسلمة ، ومن بينها طائفة الأقباط الأرثوذكس . فلأجل تحديد اختصاص البطرخانات ، ومجالس الطوائف أو رؤسائها يجب الرجوع إلى الخط الشريف الهمايونى الصادر فى ٢٨ فبراير سنة ١٨٥٦ ، ومنشور الباب العالى فى جمادى الأخرى سنة ١٣٠٨ هجرية .

ومن الأحكام التى أخطأت فى تفسير نص المادة ٥٤ من التقنين المدنى الأهلى ، وذهبت فى هذا الخطأ إلى مدى بعيد ، فخالفت النص الصريح الوارد فى المادة ١٦ من لائحة الأقباط الأرثوذكس ، الحكم الصادر من محكمة أسيوط

فى ١٩ مايو سنة ١٨٩٦ (الحقوق ١١ ص ٤٠٣) ، وهو يقضى بأن الحكم فى المواريث يجب أن يكون على حسب المقرر فى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى (م ٥٤ مدنى) ، وبما أن لطائفة الأقباط الأرثوذكسية مجلساً ملياً من اختصاصه النظر فى مسائل المواريث مصدقا عليه بمقتضى أمر عال رقم ٣٠ ذى الحجة سنة ١٣١٠ ، بناء على ذلك إذا أصدر بطريرك الأقباط أعلاما شرعياً بحرمان أحد أبناء الملة القبطية من الميراث بناء على قرار المجلس الملى ، فيكون ذلك الأعلام نافذاً ، وعلى المحاكم الأهلية اعتباره كما هو (انظر أيضاً محكمة قنا فى ١٤ دسمبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ٣٤٣) .

وقضت بعض الأحكام كذلك بأن الوصية تدخل فى الاختصاص الإجبارى للمجلس الملى للأقباط الأرثوذكس ، وقد رأينا ما فى هـذا القول من خطأ . من ذلك حكم محكمة الاستئناف الأهلية فى ١١ يناير سنة ١٩٢٧ (المحاكم ٩ ص ٨٣٩) ، وهو يقضى بأن وصية صادرة عن شخص قبطى أرثوذكسى إلى ابنته يدخل النظر والفصل فى صحتها فى اختصاص مجلس ملى الأقباط الأرثوذكس طبقاً للمادة ١٦ من الأمر العالى رقم ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ . فإذا تبين أن المجلس المذكور قد فصل فى صحة الوصية المتنازع عليها ، مراعياً فى ذلك النظام الذى قرره الشارع فى هذا الشأن ، وجب احترام حكمه ، وإعطاؤه كل النتائج التى تترتب عليه (انظر أيضاً فى هـذا المعنى محكمة الإسكندرية الأهلية فى أول نوفبر سـنة ١٩٣٠ ، المحاماة ١٢ ص ٤٥١ بالنسبة للحاخامات) .

ويلاحظ أن الأحكام التى قضت بأن الوصيـة تدخل فى الاختصاص

الإجبارى للمجلس الملى يفسر بعضها تفسيرا خاطئا المادة ٥٥ من التقنين المدنى الأهلى كما هو الأمر فى حكم محكمة استئناف مصر الصادر فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣١ (المحاماة ١٢ ص ٨٠) ، وهو يقضى بأن البحث فى صحة الوصية من جهة الشكل والموضوع هو من اختصاص جهة الأحوال الشخصية كما تقضى بذلك المادة ٥٥ من القانون المدنى التى تنص على أنه بالنسبة للوصية وصيغتها يجب مراعاة الأحكام المقررة لذلك فى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصى . ويقرر بعضها خطأ أن المادة ١٦ من لائحة الأقباط الأرثوذكس لم تستثن من الاختصاص الإجبارى للمجلس الملى إلا الميراث الخالى من الوصية (مع أن هـذا النص استثنى المواريث عامة كما رأينا) ، وقد قضت بذلك محكمة استئناف مصر الأهلية فى ١١ مارس سـنة ١٩٣٣ (المحاماة ١٣ ص ١٢٤٦) ، وذكرت أن المجلس الملى للأقباط الأرثوذكس مختص بالنظر فى جميع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية بما فيها الوصيـة إجباريا ، واختصاصه فى ذلك جاء عاما فيما يختص بالشكل والموضوع . ويقضى بعضها فى وصايا الأرمن الكاثوليك (انظر محكمة استئناف مصر الأهليـة فى ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٦٧٨) ، وهذه طائفة جعل دكريتو سنة ١٩٠٥ الوصية من اختصاص قضائها الملى كما رأينا .

٨٩ — أما الأحكام الأهلية التى ثبتت على المبدأ الصحيح ، واستمرت تقضى بأن اختصاص القضاء الملى فى مسائل الأحوال الشخصية هو اختصاص اختيارى إلا فيما استثنى بنص صريح ، فكثيرة متنوعة :

نذكر منها الحكم الصادر من محكمة الاستئناف الأهلية فى ١٤ يونيه سنة ١٩٠٨ (مج ر ١٠ ص ٤٧) وهو يقضى بأن اختصاص البطركخانات هو اختصاص استثنائى قاصر على المواد المبينة فى القانون الذى منحها هذا الاختصاص، ولا يمكن التوسع فى هذه المواد بطريق التأويل أو التفسير. وقضى نفس الحكم بأنه بمقتضى الخطين الهمايونيين الصادرين فى سنتى ١٨٣٩ و١٨٥٦ خول للبطركخانات اختصاص الحكم فى الأمور الدينية والمسائل المتعلقة بالمواريث فى حالة اتفاق جميع الأخصام، ولم يخول لها الحق فى الحكم فى المسائل المدنية المحضة كمسائل الحجر. (انظر أيضا فى هذا المعنى استئناف أهلى فى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٠ مج ر ٢٢ ص ٤٢ — ١٩ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٢٩٨ ـ محكمة مصر الأهلية فى ١١ يونيه سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ١٩٦).

وقضى المجلس الحسبي العالى فى ٣ أبريل سنة ١٩٢١ (مج ر ٢٢ ص ٢١٩)، أى قبل دكريتو سنة ١٩٢٥، بأن البطركخانات ليست مختصة بنظر المسائل المتعلقة بتعيين الأوصياء على القصر غير المسلمين، إلا إذا كان الخصوم متفقين صراحة أو ضمنا على جعلها مختصة. فإذا لم يتفقوا على ذلك كانت المجالس الحسبية هى المختصة دون سواها. (انظر أيضا فى هذا المعنى المجلس الحسبي العالى فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٦ الحقوق ٢٢ ص ٣٢١—٢٢ أبريل سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٢ ص ٣٢٢—استئناف أهلى فى ٢ يونيه سنة ١٩١١ مج ر ١٠ ص ٣٢٤).

٩٠ — وفى دعاوى الميراث قضت محكمة استئناف مصر الأهلية فى ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ (المحاماة ٨ ص ٩١٤) بأنه تجب التفرقة بين دعاوى النسب ودعاوى الأرث ، فالأولى من مسائل الأحوال الشخصية التى يختص المجلس الملى بالفصل فى الدعاوى القائمة بشأنها من الأقباط طبقا للمادة ١٦ من الأمر العالى الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب اختصاصات مجلس الأقباط الأرثوذكس العام . أما الثانية فمن اختصاص المحاكم الشرعية ولو كانت بين غير المسلمين ، ما لم يتفق الأخصام على رفعها إلى المجالس الملية على سبيل التحكيم . وتقول محكمة أسنا فى هذا المعنى (٢٠ أكتوبر سنة ١٩٠٣ مج ٥ ص ٤٥) : إن الشريعة المسيحية لا يسرى مفعولها فيما يتعلق بتقسيم التركات بين المسيحيين إلا إذا كان الورثة جميعا متفقين على اتباع هذه الشريعة ، وإنه إذا اختلف أحدهم فى ذلك فيجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية التى تعتبر مبدئيا الشريعة العامة لجميع الأهالى على اختلاف أديانهم ومذاهبهم ، وليست الشريعة المسيحية فى هذه البلاد إلا شريعة خاصة استثنائية لا ينفذ مفعولها إلا برضاء وقبول جميع ذوى الشأن . (انظر أيضاً فى هذا المعنى استئناف أهلى فى ١٢ دسمبر سنة ١٨٩٩ الحقوق ٥ ص ٣٤ — مج و ٢ ص ١٢ محكمة مصر الأهلية فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ٢٨ — ٢١ يوليه سنة ١٩٣٠ المجلة القضائية عدد ٣٢ ص ١٠) .

بل أن محكمة النقض قررت مبدأ خطيرا فى دعاوى ميراث غير المسلمين ، هو المبدأ الذى يتفق مع الوضع القانونى الصحيح ومع التقاليد القانونية للبلاد . فقضت بأنه لا يكفى أن تتفق الورثة — وهم الورثة الذين تعترف بهم

الشريعة الإسلامية — على اختصاص المجلس الملى بنظر قضايا المواريث، بل يجب أن تتفق أيضا على أن قانون الملة هو الذى يطبق على القضية . أما إذا اتفقت الورثة على اختصاص المجلس الملى ولم تتفق على تطبيق قانون الطائفة، فالمجلس الملى يصبح مختصاً ، ولكن يتعين عليه تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية .

ونقل هنا بعض الفقرات الهامة من هذا الحكم الخطير :

« وحيث أن القاعدة الأساسية فى مواريث المصريين غير المسلمين أنها تجرى وفق أحكام الشريعة الإسلامية ، مالم تتفق الورثة الذين تعترف هذه الشريعة بوراثتهم ويتراضوا على غير ذلك . والقانون الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب مجالس طائفة الأقباط الأرثوذكس (الذين منهم طرفا الخصومة) وبيان اختصاصاتها لا يشذ عن تلك القاعدة . بل أن المادة ١٦ منه، وهى التى أشارت لمسألة المواريث ، لم تنص على أن الحكم فيها يكون حسب الشريعة المسيحية ، بل كل ما فى الأمر إنها نصت على ما يفيد اختصاص تلك المجالس بالحكم فى الوراثة متى قبل كل الورثة اختصاصها . أما أن يكون حكمها فيها بحسب شريعة أخرى غير الشريعة الإسلامية ، فإن عبارة المادة لا يفهم منها هذا ، بل لا بد أن يتفق الورثة على ذلك فيعمل باتفاقهم الذى هم أحرار فيه ما داموا يكونون أهلا للتصرف فى حقوقهم » (نقض فى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة الأستاذ محمود عمر جزء أول ص ٨١١) .

وهذا الحكم تترتب عليه نتيجة خطيره ، هى إنه إذا كان بين الورثة

قصر أو أشخاص ليسوا أهلا للتصرف فى حقوقهم ، فلا يتأتى للورثة أن يتفقوا جميعا على تطبيق القانون الطائفى ، ويتعين فى هذه الحالة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية .

٩١ — وفى دعاوى الوصية ، وهى التى تعنيننا بالذات ، قضت المحكمة العليا قضاءها المشهور فى ذلك ، وسنفسح له بحثاً خاصاً فيما يلى . وقد أصبح ثابتا أن وصية غير المسلم لا تجوز إلا فى الثلث ولغير وارث ، واستقر القضاء الأهلى على هذا المبدأ منذ صدور حكم محكمة النقض .

فصدر حكمان فى هذا المعنى ، أحدهما من محكمة استئناف مصر الأهلية فى ٢١ يناير سنة ١٩٣٨ (المحاماة ١٨ ص ٤٧٤) وهو يلغى حكما من محكمة بنى سويف الكلية فى ٣٠ مارس سنة ١٩٣٧ صدر على خلاف حكم محكمة النقض . والحكم الآخر صدر من محكمة استئناف أسيوط فى ١٥ يونية سنة ١٩٤٠ (مع حكم آخر وهما الحكمان المطعون فيهما الآن) وهو يؤيد حكما من محكمة قنا الكلية فى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٧ صدر على وفق حكم محكمة النقض . (انظر أيضا فى هذا المعنى محكمة مصر الأهلية فى ١٤ أبريل سنة ١٨٢٩ المحاماة ٩ ص ١١٢٧) .

ولم تجدِ مقاومة بعض المحاكم الابتدائية (وهى محاكم قنا وبنى سويف ومصر) للمبدأ الذى قررته محكمة النقض . فإن محكمتى الاستئناف العالى فى مصر وأسيوط قضتا على هذه المقاومة ، وجعلتا القضاء يستقر وفقاً لما قضت به المحكمة العليا .

(٢)

أحكام القضاء الشرعى

٩٢ — لا نستطيع هنا أن نستقصى جميع الأحكام التى صدرت من المحاكم فى موضوعنا هذا . وحسبنا أن نورد فى دعاوى الميراث بين غير المسلمين حكم المحكمة العليا الشرعية ، وهو يقضى بأن المحاكم الشرعية هى المختصة بهذه الدعاوى عند عدم اتفاق الورثة على قضائهم الملى ، سواء وجدت فى التركة وصية أو لم توجد . وهذا ما جاء فى الحكم المذكور : «أن دعاوى الورثة بين غير المسلمين التابعين للحكومة المحلية من اختصاص المحاكم الشرعية عند عدم اتفاق الورثة على تقسيم التركة حسب شريعتهم ، وهذا الاختصاص غير مقيد بأن تكون فى التركة وصية أم لا » . (الجدول العشرى للمحاماة جزء ٢ رقم ٢٧٦١) .

وقد سارت محكمة مصر الشرعية فى حكم حديث لها (١٦ فبراير سنة ١٩٤١ مجلة المحاماة الشرعية أعداد ٧ — ١٠ ص ٤٩) على هذا المبدأ ، فقضت بأنه إذا كان قيد المواليد بمعرفة البطرخانة كما هو الحال فى مصلحة الصحة ، فليس معنى هذا أن تكون البطرخانة هى المختصة بدعاوى الميراث أو النسب وأنه عند عدم اتفاق الخصوم غير المسلمين على تحكيم جهاتهم الدينية فى دعاوى الميراث يكون الاختصاص للمحاكم الشرعية .

وقد قضت نفس المحكمة فى حكم أحدث (٢٥ يناير سنة ١٩٤٢ مجلة المحاماة الشرعية أعداد ٧ — ١٠ ص ٧٧) بأن المجالس الملية لها سلطات قضائية استثنائية فى مواد الأحوال الشخصية ، وكانت المحاكم أولا تقضى بأن اختصاصها فى جميع قضايا الأحوال الشخصية هو اختصاص اختيارى لا يثبت لها إلا باتفاق الخصوم — كالمواريث — وذلك بنص المادة ١٨ من الخط الهمايونى الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٨٥٦ ، ثم عدل عن هذا الرأى . . . . ونص على التفريق بين قضايا المواريث وغيرها من سائر الأحوال الشخصية فجعل اختصاص المجالس الملية فى المواريث اختياريا ، وفيما عداها يثبت الاختصاص ولو بغير رضاء الخصوم ، ومراعاة هذا الاختصاص ليس من النظام العام .

وفى حكم أحدث (٨ فبراير سنة ١٩٤٢ المحاماة الشرعية أعداد ٧ — ١٠ ص ٨٨) قضت المحكمة نفسها أيضاً بأن ولاية القاضى الشرعى فى هذه البلاد لا تزال كما كانت عامة فى كافة المواد الشرعية بما فى ذلك مسائل الأحوال الشخصية ، وألا تعارض بين نصوص الاختصاص فى المحاكم الشرعية وبين نصوص الاختصاص للهيئات القضائية الأخرى . ولم تصدر قوانين تمنع المحاكم الشرعية من النظر فى أى مادة من المواد الشرعية ، ونصوص الاختصاص بالنسبة لما عداها نصوص مبيحة فقط النظر للهيئات الأخرى فيما أبيح لها نظره ، وأن المحاكم الشرعية هى صاحبة الولاية العامة فى مسائل الأحوال الشخصية بين جميع الطوائف ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين ،

ولا يوجد ما يمنع القضاء الشرعى من تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الطوائف غير الإسلامية .

٩٣ — وفى قضايا الوصية بالذات ، تقل الأستاذ صليب سامى باشا فى مذكرته حكم المحكمة الشرعية العليا الصادر فى ١٥ أبريل سنة ١٩٣٠ ، وهو يقضى بأن الوصية من الأحوال الشخصية ، ولم يستثنها المشرع كما استثنى مسائل المواريث ، فهى من خصائص المجلس الملى الذى يملك الفصل فى الأحوال الشخصية .

وقد أحببنا أن نتعقب هذا الحكم لما تضمنه من مبدأ هام . فوجدناه منشوراً فى مجلة المحاماة الشرعية (السنة الأولى ص ٦٨٧) ، وهو يلغى الحكم الابتدائى الصادر من محكمة قنا الكلية الشرعية فى ٢٩ يولية سنة ١٩٢٨ . وقد وازنا بين الحكمين . الابتدائى الذى جعل الوصية من اختصاص المحاكم الشرعية ، والاستئنافى الذى جعلها من اختصاص القضاء الملى ، فلم نتردد فى ترجيح الأول . ويكفى أن ننقل هنا الأسباب التى ارتكنت إليها كل من المحكمتين ليتبين هذا الرجحان .

أما محكمة الاستئناف فقد أوجزت فى أسباب حكمها إيجازاً لا يتفق مع أهمية المبدأ الذى عرضت له ولا مع متانة الأسباب التى ارتكن إليها الحكم الذى ألغته . فهى قد اقتصرت على أن تقول :

« وحيث أنه بالاطلاع على أوراق هذه القضية تبين منها أن النزاع القائم بين الخصمين هو أن المجلس الملى يملك الفصل فى الوصية صحة وبطلاناً وهذا ما يقوله المستأنف ، أو الذى يملك الفصل فيه صحة وبطلاناً المحكمة الشرعية وهذا ما يقوله المستأنف عليه . واستند كل إلى ما هو بمذكرته » .

« وحيث أن المادة ١٦ من القانون رقم ١٩ سنة ١٩٢٧ بتعديل ترتيب واختصاص مجلس عمومى للأقباط الأرثوذكس نصت على أن من وظائف المجلس المذكور النظر فيما يحصل بين أبناء الملة من الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية الواضحة أنواعها بكتاب الأحوال الشخصية الذى صار نشره مع قوانين المحاكم المختلطة . إنما مسائل المواريث لا تنظر إلا باتفاق جميع أولى الشأن فيها . وحيث أن الوصية هى من الأحوال الشخصية ولم يستثنها المشرع فى القانون المذكور كما استثنى مسائل المواريث ، فهى من خصائص المجلس الملى الذى يملك الفصل فى أحوالهم الشخصية » .

هذه هى الأسباب التى استندت إليها محكمة الاستئناف الشرعية ، نقلناها حرفيا من مجلة المحاماة الشرعية كما فعل الأستاذ صليب سامى باشا فى مذكرته . ولكنه فعل ذلك احتفالا بشأن هذه الأسباب وتنويهاً بمتانتها . أما نحن فقد أردنا أن نضعها إلى جانب الأسباب التى استندت إليها المحكمة الكلية فى القضاء بالمبدأ المعارض ، حتى يتبين عند الموازنة أى الأسباب أقوى وأمتن .

قالت محكمة قنا الكلية الشرعية (المحاماة الشرعية السنة الأولى ص ٦٨٨—ص ٦٨٩ : نقلا عن الوقائع التى أوردتها محكمة الاستئناف فى حكمها) :

«أن النزاع بين الخصوم ينحصر فى سببين : الأول هل المجلس الملى مختص بنظر موضوع هذه القضية أم لا . الثانى هل بعد أن فصل المجلس بإبطال الوصية تكون المحكمة الشرعية مختصة بنظره أم لا » .

«أما عن الأول فالمجلس الملى غير مختص بنظر هذا الموضوع . لأن موضوعها يرجع إلى دعوى وراثة القاصر نصيباً معيناً فى تركة المتوفاة ، واتخذت هذه الدعوى طريقاً إلى طلب إبطال الوصية فى النصيب المذكور . والمبادئ العامة تقضى بأن دعوى الوراثة من اختصاص المحاكم الشرعية اتحد فيها مذهب الخصوم أو اختلف ، إلا فى حالة ما إذا اتحد مذهبهم واتفقوا على الترافع أمام مجلسهم الملى ، فيكون المجلس فى هذه الحالة فقط مختصاً بنظرها ، ولم تستثن الوراثة المقترنة بوصية . وأن مذهب الخصوم فى هذه القضية مختلف فلا يكون المجلس الملى مختصا ، وعلى فرض اتحاده فإنهم لم يتفقوا على الترافع أمامه ، بل اختلفوا فى قبول التقاضى أمامه» .

«أما عن الوجه الثانى فحيث ثبت أن المجلس الملى غير مختص . فحكمه فيه يكون صادراً من جهة غير مختصة ، وكل حكم هذا شأنه لا يمنع المحاكم المختصة من نظر الموضوع ابتداء» .

«كل هذا على اعتبار أن الدعوى هى دعوى وراثة جعلت طريقا لإبطال الوصية . على إنه لو فرض أن الدعوى هى دعوى إبطال وصية فقط ، فحكمها حكم دعوى الوراثة فى الاختصاص ، لأن المادة ١٨ من الخط الهمايونى الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٨٥٦ جعلت دعوى الميراث من اختصاص المحاكم الشرعية إلا فى الحالة المذكورة آنفا ، وذكرتها على سبيل التمثيل . وظاهر من هذا ومن النظر فى موضوع الفرمان المذكور أن ما يكون من الدعاوى التى ليست من الأمور الدينية البحتة كالزواج والطلاق وما ينجم عنهما

لا يكون من اختصاصها إلا فى الحالة المذكورة آنفا ، وأن الوصية فى هذا المعنى مثل الوراثة بل أبعد منها عن الأمور الدينية الخصوصية البحتة ، إذ لا تنجم عن النكاح ولا تتعلق به . فإذن يكون حكمها من ناحية الاختصاص حكم دعوى الوراثة على الأقل » .

فالموازنة بين الحكمين لا تدع مجالا للشك فى رجوح الحكم الابتدائى ، لأن حكم محكمة الاستئناف يستند إلى حجة غير مواتية ، ويقتصر على تفسير عبارة « المواريث » الواردة فى لائحة الأقباط الأرثوذكس بأنها لا تشمل الوصية ، وقد بينا بحجج قاطعة أن هذا غير صحيح . أما المحكمة الإبتدائية فتعرض للقضية من جميع جوانبها : تنظر إليها باعتبارها قضية ميراث اتخذت طريقا لإبطال الوصية . وهنا تبين المحكمة بوضوح علاقة الميراث بالوصية وكيف أن الوصية غير المسموح بها فيها إبطال لحق الوارث . ثم تنظر إلى القضية باعتبارها دعوى لإبطال الوصية ، فتبحث المسألة فى أصلها ، وتصعد إلى الخط الهمايونى الذى يعتبر دستور القضاء الملى فى هذا الموضوع . وقد كان من الخير أن تضيف إلى ذلك أن لائحة الأقباط الأرثوذكس لا تعارض الخط الهمايونى فيما يتعلق بالوصية ، وأن عبارة « المواريث » الواردة فى هذه اللائحة تشمل الوصايا .

(٣)

أحكام القضاء المختلط

٩٤ — بدأ القضاء المختلط كالقضاء الأهلي يقضي بأن اختصاص القضاء الملي في مسائل الأحوال الشخصية هو اختصاص اختياري في جميع هذه المسائل . وقد كان في ذلك يفسر الخط الهمايوني الصادر في سنة ١٨٥٦ تفسيراً صحيحاً .

فقضت محكمة الاستئناف المختلطة في كثير من أحكامها بما يأتي :

"Le Hatt Hamayoun . . . . . n'établit la compétence des Patriarches, chefs des communautés et conseils desdites communautés, pour connaître des procès spéciaux entre chrétiens que dans le cas où les parties sont d'accord pour s'adresser à ces juridictions, qu'en dehors de ce cas, il maintient la compétence des autorités locales."

استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٨٩ ب ٨ ص ١٠١ — ٢٩ يناير سنة ١٨٩١ ب ٣ ص ١٤٥ — ١٠ يونية سنة ١٨٩١ ب ٣ ص ٣٨٣ — ١٨ أبريل سنة ١٩٠١ ص ١٣ ص ٢٥٢ — ١٢ يونية سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٣٦٧ - ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ ب ١٤٠ — ٧ مايو سنة ١٩٠٢ ب ١٤ ص ٢٨١ .

كما قضت أيضاً في حكمها الصادر في ٤ يونيه سنة ١٨٩١ (ب ٣ ص ٣٨٢) بما يأتي :

". . . que pour ces procès spéciaux, le Hatt Hamayoun

n'a reconnu aux sujets non-musulmans que la faculté et non pas l'obligation de recourir à la juridiction des Patriarcats."

وذهب القضاء المختلط فى ذلك إلى حد بعيد جداً ، جعله يغلب الخط الهمايونى الصادر فى سنة ١٨٥٦ على لائحة الأقباط الأرثوذكس الصادرة فى سنة ١٨٨٣ . فقالت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا الصدد فى حكمها الصادر فى ١٠ أبريل سنة ١٨٨٩ (ب ١ ص ١٠١) :

"Le Hatt Hamayoun, loi organique de l'Empire Ottoman, s'appliquant a toutes les parties de l'Empire; un décret vici-royal du 7 Raghab 1300, dont la promulgation régulière n'est même pas établie, ne saurait y porter atteinte par des dispositions contraires à cette loi."

٩٥ — ولكن ما لبث القضاء المختلط أن اضطرب بعد ذلك اضطراب القضاء الأهلى ، فقضت بعض الأحكام بأن الوصية تدخل فى الاختصاص الإجبارى للقضاء الملى ، اعتماداً على هذا التعميم المزعوم للتحرير السامى الصادر فى سنة ١٨٩١ .

من ذلك أن قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٣ دسمبر سنة ١٨٩٧ (ب ١٠ ص ٨١) بما يأتى :

" La juridiction des chefs de communautés chétiennes, établies dans l'Empire Ottoman pour les procès spéciaux tels que les suacessions, facultative et dépendant de la soumission volontaire des parties d'après l'article 18 du Hatt Hamayoun de 1856, necessaire et obligatoire à la suite de la circulaire de la Sublime Porte du 23 Gamad Akher 1308 (22 janv.-3 févr. 1891) ne concerme que les contestations entre membres de la même communauté."

انظر أيضاً استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٣ ب ٥ ص ٢٧٦ — ٤ أبريل سنة ١٧٩٤ ب ٦ ص ٢٧٣ — ٢٤ دسمبر سنة ١٩١٢ ب ٥ ص ٧٥ — ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ ب ٣٥ ص ٥٤٥ — ٢٧ يناير سنة ١٩٢١ ب ٣٣ ص ١٦٣ — ٢٣ مايو سنة ١٩٢٥ ب ٣٧ ص ٤٤٦ .

ويشير الحكم الصادر من محكمة الاستئناف المختلطة فى ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ (ب ٣٨ ص ٢٢٠) إلى تحول القضاء المختلط بعد صدور التحريرات السامية فى العبارات الآتية :

"Bien que d'après le Hatt Hamayoun du 18 févr. 1856, l'accord des parties soit requis pour attribuer aux conseils de communautés non seulement les procès de succession, mais aussi les autres affaires du statut personnel, telles que l,état et la capacité des personnes, la tutelle, la curatelle et les droits de famille, la Cour, en s'inclinant à la pratique différente qui s'était constituée en Egypte et que le Gouvernement Egyptien a fini par consacrer législativement a, depuis 1893, conformé sa jurisprudence à la nouvelle conception d'après laquelle la compétence des patriarcats en matière de statut parsonnel est rceonnue obligatoire, tout en maintenant le caractère facultatif de leur compétence successorale ab intestat.

انظر أيضاً استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ ب ٤٠ ص ٣٠٣ — ٧٨ يناير سنة ١٩٣٢ ب ٤٤ ص ٣٠٥ .

وهنالك أحكام ترتكن إلى ما كان عليه أمر القضاء الملى فى الدولة العلية قبل الخط الهمايونى . وغنى عن البيان أن هذا خطأ . فقد وضحنا فيما قدمناه أن الخط الهمايونى وضع حدا لهذه الامتيازات الطائفية ، ونظمها تنظيما جديداً ، فلا يصح الاستناد إلى الحالة التى سبقت هذا التشريع .

ومن الأحكام التى وقعت فى هذا الخطأ حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر فى ٥ يناير سنة ١٩٠٥ (ب ١٧ ص ٥٧) وحكم آخر صدر فى ١١ مايو سنة ١٩١١ (ب ٢٣ ص ٣١٧).

٩٦ — على أن الأحكام المتقدمة ليست هى التى تكشف عن اتجاه القضاء المختلط ، فإن محكمة الاستئناف المختلطة أصدرت أحكاماً كثيرة أكثر دلالة على اتجاهها . وقد قررت هذه الأحكام المبدأ الصحيح من أن القضاء الملى إذا كان اختصاصه إجباريا فى مسائل الزواج وما يتصل به ، فإن اختصاصه اختيارى فى مسائل المواريث والوصية .

أما أن اختصاصه إجبارى فى مسائل الزواج وما يتصل به ، فهذا ماقضت به محكمة الاستئناف المختلطة فى أحكام كثيرة أصدرتها ، منها الحكم الصادر فى ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ (ب ٣٨ ص ٢٢٠) وهو يقرر ما يأتى :

"La compétence des patriarcats est absolu pour les affaires spirituelles, lesquelles comprennent le statut matrimonial".

انظر أيضاً استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ ب ٦ ص ٥٢ — ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ ب ٢٤ ص٣١٧ (النسب) — ٢٤ دسمبر سنة ١٩٠٢ ب ١٥ ص ٧٥ و ٢٧ يناير سنه ١٩٢١ ب ٣٣ ص ١٦٣ (النفقات) .

وأما أن اختصاصه اختيارى فى المواريث ، فهذا ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة فى أحكام عديدة أصدرتها . منها الحكم الصادر فى ١٠ يونيه سنة ١٨٩١ ب ٣ ص ٣٨٣ ، وهو يقرر ما يأتى :

"Le Hatt Hamayonn . . . ne maintient la compétence des Patriarcats et autres chefs de communautés religieuses dans

les procès en matière de succession que comme une juridiction d'exception, compétente seulement dans les cas où les parties sont d'accord pour s'adrésser à elle".

وانظر أيضا فى المعنى استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٢٥٢ — ١٢ يونيه سنة ١٩٠١ ب ١٣ ص ٣٦٥ — ٧ مايو سنة ١٩٠٢ ب ١٤ ص ٢٨١ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ ب ١٥ ص ٧٥ — ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ ب ١٨ ص ٢١٨ — ٦ ينـاير سنة ١٩١٠ ب ٢٢ ص ٧٧ — ١٥ فبراير سنة ١٩١٢ ب ٢٤ ص ١٤١ — ٧ مارس سنة ١٩١٢ ب ٢٤ ص ١٧٣ — ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٢ ب ٣٤ ص ٣٦٣ — ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ ب ٣٨ ص ٢١٩ .

فإذا لم يتراض الخصـوم على قضاء ملتهم ، فالميراث يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ويكون من اختصاص المحاكم الشرعية (استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٨٩١ — ١٨ أبريل سنة ١٩٠١ — ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٢ وهى الأحكام المشار إليها فيما تقدم . وانظر أيضا استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٣٨ ب ٥٠ ص ٣٦٢) ، حتى لو تضمنت دعوى الميراث دعوى النسب (استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ وهو الحكم المشار إليه فيما تقدم) .

وأما أن اختصاص القضاء الملى اختيارى أيضا فى الوصايا ، وأن وصية غير المسلم تسرى عليها أحكام الشريعة الأسلامية ، فهذا ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة فى ٨ يونيه سنة ١٩٣٧ (ب ٤٩ ص ٢٥٥ — ص ٢٥٦) إذ تقول :

"La théorie de l'autonomie de la volonté qui autorise tout testateur à disposer de ses biens mortis causa, suivant telle ou telle législation à son gré, est inapplicable à un Égyptien régi par la loi

musulmane, dont la succession est régie, même en ce qui concerne la validité des dispositions testamentaires, par le droit successoral commun aux nationaux égyptiens, musulmans et non-musulmans."

انظر أيضاً استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٣٩ ب ٥١ ص ٩٤

٩٧ — لذلك كان غريبا أن يصدر أخيرا حكم من محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ مارس سنة ١٩٤٢ (وقد نشر فى جورنال المحاكم المختلطة فى عدد ٢٥ — ٢٦ مايو سنة ١٩٤٢ تحت رقم ٣٠٠١) ، يرجع بالقضاء المختلط إلى الاضطراب بعد أن كان قد استقر ، وينحرف عن المبدأ الثابت الذى قررته محكمة النقض فى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ . فتنفتح بذلك هوة ما بين القضائين الأهلى والمختلط فى مسألة جوهرية تعرض كل يوم على المحاكم ، وينفسح المجال للتحايل ، فمن كانت له مصلحة فى الأبقاء على وصية باطلة صدرت من غير مسلم احتال حتى يجعل المحكمة المختلطة هى المختصة فتحكم بصحتها ، وإذا بالتركة الواحدة تقضى فى شأنها المحاكم الأهلية بقضاء والمحاكم المختلطة بقضاء آخر مناقض للقضاء الأول ، فتتبلبل الأفكار ، ويضطرب التعامل ، وتضيع الحقوق المشروعة . وهذا ما يؤسف له حقا . وما أسفت له بالفعل محكمة الاستئناف المختلطة نفسها فى الحكم الذى نشير إليه .

ولو كان هذا الحكم ، بعد أن خالف محكمة النقض ، نقب وبحث ، وتعقب الحجج والدلائل التى أتت بها محكمة النقض فى حكمها الخطير ، فقرع الحجة بالحجة والدليل بالدليل ، وخرج من كل هذا برأى لا يتطرق إليه الشك ولا تتعلق به الظنون ، لتلمسنا الأعذار المحكمة فى إنها آثرت العمل بالرأى القانونى الصحيح ، ولو ضحت فى سبيل ذلك استقرار الحقوق وثبات

التعامل . ولكن محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا الحكم الأخير لم تبحث شيئا جديدا ، بل اكتفت بترديد حجج قديمة بان فسادها بعد حكم محكمة النقض . ولم تعن أن تتناول هذا الحكم فتنقد ما جاء فيه من الأسباب ، بل اكتفت بالاشارة إلى وجوده ، وبمجرد الأسف على إنها تخالفه ، وإنها تجرى فى ذلك على قضائها الثابت المستقر .

والواقع من الأمر أن ليس لمحكمة الاستئناف المختلطة قضاء ثابت مستقر فى هذه المسألة كما رأينا . فقد اضطرب قضاؤها ، وكانت تقرر فى أول الأمر أن وصية غير المسلم تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ، وتعددت أحكامها فى هذا المعنى . ثم تراوحت بين هذا الرأى والرأى الآخر الذى يجعل الوصية تخضع للقانون الملى . ثم رجعت بعد ذلك تستقر على أن الشريعة الاسلامية هى التى يجب تطبيق أحكامها . فأين هذا من الاستقرار المزعوم ! !

لقد كانت محكمتنا العليا أرحب صدرا . فقد رأت أن تتريث حتى تصدر محكمة الاستئناف المختلطة حكمها هذا ، لعلها تجد فيه ما تتثبت به الحجة ، فاذا بالحكم خلو ألا من الحجج القديمة التى سبق لمحكمتنا العليا أن فندتها . وها نحن نورد ما تقدمت به محكمة الاستئناف المختلطة من الأسباب ليتبين صحة ما نقول :

"Au sujet de la compétence des patriarcats dans les litiges de succession testamentaire, la juridiction mixte a toujours retenu, et notamment par l'arrêt capital du 22 mai 1913 (B. 35. 545), qu'à la condition que les parties fussent du même rite, elle était obligatoire, contrairement à leur compétence en matière de succession ab intes-

tat qui n'était que facultati''e; les nombreux arrêts (23 janv. 1932, B. 44 p. 305 et la référence aux arrêts antérieurs) ont déjà fait l'exposé historique des pouvoirs conférés aux Patriarcats par la Sublime Porte et par le Gonvernement Egyptien, et il serait absolument oiseux d: refaire le même exposé et de répéter les mêmes arguments."

لم تزد المحكمة فى هذا على إنها تشير إلى حكمين سابقين أخذا بالمبدأ القاضى بأن وصية غير المسلم تدخل فى الاختصاص الاجبارى للقضاء الملى ، إستنادا إلى تعميم خاطىء للتحرير السامى الصادر فى سنة ١٨٩١ . وقد سبقت الاشارة إلى ذلك .

ثم تقول المحكمة :

"Il est cependant exact que dans cette matière très importante et très fréquemment posée, l'autre juridiction civile du pays qui a le même pouvoir de révision, pour ainsi dire, sur les décisions des Tribunaux de statut personnel quant à leur compétence,s'est rangée dernièrement à l'avis frvorable à la solution contraire, à savoir que, même en matière de succession testamentaire, la compétence des Patriarcats ne serait que facultative. Mais quelle que puisse être la gravité de l'anomalie que ne peut que résulter fatalement de la divergence d'opinion entre les deux juridictions civiles du pays, la Cour ne peut se départir de sa jurisprudence antérieure qui, quant à elle, a fait une application des textes qui régissent la matière et notamment, quant à la compétenec obligatoire des Patriarcats en matière de testament, des circulaires vizirielles des 4 Ragab 1282 et 23 Chawal 1291, de la Haute Circulaire de la Sublime Porte du 23 Gamad El-Akher 1308, du Hatt Hamayoun de 1856, et quant au traitement égal de tous les Patriarcats, de la lettre du Cabinet du Khédive du 24 Zilkidé 1308 et de la circulaire du 31 janvier 1887, textes qui ont été consacrés dans le sens ci-dessus par le Réglement d'Organisation du 18 novembre 1905 de la communauté Arménienne catholique (art. 16) et par le Règlement d'Organisation du 1er mars 1902 de la communauté Protestante indigéne (art. 21) à la lumière desquels il faut comprendre et appliquer l'art. 16 du Règlement d'Organisation de la communauté copte orthodoxe, remanié par la loi db 22 juillet 1927."

تشير المحكمة إلى قضاء محكمة النقض المعروف من أن وصية غير المسلم تخضع لأحكام الشريعة الاسلامية ، وإلى خطورة التضارب ما بين القضاء الأهلى والقضاء المختلط فى مسألة هى على قدر عظيم من الأهمية ، وهى من المسائل التى يكثر عرضها على المحاكم . ومع ذلك لا تفعل محكمة الاستئناف المختلطة شيئا ، فى تدعيم صحة رأيها ، أكثر من الإشارة إلى نصوص بحثناها كلها نصا نصا ، وبحثتها محكمة النقض قبلنا ، وخرجت المحكمة العليا من بحثها وخرجنا معها إلى أنها لا تنهض حجة على أن القضاء الملى له اختصاص إجبارى فى وصية غير المسلم . بل هى على العكس من ذلك تؤيد خضوع هذه الوصية لأحكام الشريعة الإسلامية . فهل كلفت محكمة الاستئناف المختلطة نفسها عناء الرد على الأسباب التى أوردتها محكمة النقض فى حكم هو من أهم الأحكام التى أصدرتها المحكمة العليا من حيث المبدأ الذى تناوله ومن حيث الأسباب التى قام عليها ؟

لم تفعل شيئا من ذلك ، بل بقيت تردد حججها القديمة التى فندتها المحكمة العليا . والأغرب من كل هذا انها بقيت تستند إلى هذا التعميم الخاطئ للتحرير السامى الصادر فى سنة ١٨٩١ ، كأن محكمة النقض لم تعالج هذا الموضوع ، وكأنها لم تكشف عن وجه الخطأ الشنيع الذى وقع فيه تبليغ التحرير السامى . ويكاد من يطلع على حكم محكمة الاستئناف المختلطة الذى نحن بصدده يجزم بأن هذه المحكمة لم تطلع من حكم محكمة النقض إلا على منطوقه !

لذلك لا يجوز مطلقا أن يقال أن هذا الحكم الذى أصدرته محكمة الاستئناف المختلطة ، وهو قائم على ترديد حجج قديمة قد فندت ، يعارض قضاء محكمتنا العليا الذى قام على أسانيد متينة لم يستطع أحد لها دفعا .

وها نحن نستعرض حكم المحكمة العليا لنرى ما ورد فيه من الأسباب .

---

(٤)

حكم محكمة النقض

الصادر فى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤

(مجموعة أحكام النقض للأستاذ محمود عمر جزء أول ص ٤٥٤ — ٤٧٤)

---

٩٨ — يسهل بعد ما قدمناه أن نستعرض الحجج التى استندت إليها محكمة النقض فى القول بخضوع وصية المسلم لأحكام الشريعة الإسلامية ، وأن نكشف عما انطوت عليه من القوة والتماسك .

ونبدأ القول بأن محكمة النقض عندما ذكرت أن هذه الحجج فضلة تزيد عما يحتاج إليه للفصل فى الطعن الذى كان أمامها ، لا تقصد بذلك ، كما ذهب الأستاذ صليب باشا سامى فى مذكرته ، أن تقرر مجرد فتوى . فالأفتاء إنما يصدر من جهة الفتوى لا من جهة القضاء . والمحكمة العليا إذا ذكرت أسبابا فى حكم من أحكامها ، فهذه الأسباب تعتبر قضاء يؤخذ به . وإنما أرادت محكمة النقض أن تقول إنها استزادت فى أسباب حكمها . إذ كان

أمامها تصرف كيفته بأنه وقف مضاف إلى ما بعد الموت . ثم رأت أن تقلب المسألة على جميع وجوهها ، فذكرت أن التصرف حتى لو كان وصية ، فقد كان على المجلس الملى أن يقضى ببطلانها ، وسردت الأسباب التى توجب البطلان . فواضح أن هذه الأسباب ، بالرغم من إنها لم تكن ضرورية للفصل فى الطعن ، هى جزء من الحكم الصادر من محكمة النقض ولها القوة التى لسائر الأسباب . فلا محل إذن للقول بأن هذه الأسباب هى فتوى لا حكم ، فأن المحاكم لا تفتى بل تحكم .

ونستعرض الآن أسباب الحكم . وقد قسمها الأستاذ صليب سامى باشا باشا فى مذكرته إلى أسباب رئيسية وأخرى عرضية ، ونحن نتابعه فى ذلك .

أولا — الأسباب الرئيسية

٩٩ — السبب الأول — نظام تركات العيسويين (أو محرر ٧ صفر سنة ١٢٧٨) : تقول محكمة النقض فى ذلك :

« أن المحرر السامى الصادر فى ٧ صفر سنة ١٢٧٨ ، وغيره من الأوامر السامية الخاصة بنظام تركات المسيحيين ، إذا كانت بعد أن أشارت إلى وجوب اعتبار الوصية شرعاً متى كانت بثلث المال لبعض الوجوه المعتبرة — إذا كانت قد قررت ذلك ، ثم أردفتها بعبارة أن من يقسم أمواله فى حال حياته ، وصحته وكمال عقله بين ورثته وحدهم أو بينهم وبين غيرهم ، ويفرز حصة كل منهم ، ويسلمها له فعلا ، فإن تصرفه هذا يكون معتبراً شرعا ، فقد دلت بهذا على أن الممكن لصاحب المال ، فيما يتعلق بورثته ، هو أن يقسم ماله عليهم فى

حال صحته كما يريد ، ومتى اختص كل واحد منهم بجزء من ماله — قل هذا الجزء أو زاد عن نصيبه الشرعى فى الميراث — بل متى اختص جميع ورثته بجزء ضئيل من ماله ، واختص الأجانب بأكبر جزء من هذا المال ، فإن تصرفه هذا يكون معتبراً . ولا شك أن هذا من الأمور المسلم بها شرعاً ، لأن تقسيم المال فى حال الصحة وتسليمه فعلا للوارث أو غير الوارث ، هو من قبيل الهبة التى تجوز فى حالة الصحة للوارث أو للأجنبى ، ولو بكل المال . ولو أن واضع النظام أراد أن يجعل لصاحب المال أن يوصى لأى من ورثته بأزيد من نصيبه الشرعى لما وسعه هذا ، بل أن هذا يكون مخالفاً كل المخالفة لصريح الأحكام الشرعية التى لا تجيز الوصية للوارث مع عدم وجود أى ضرورة اجتماعية أو دينية تقضى بهذه المخالفة » . وتقول المحكمة قبل ذلك : « إن ما سلف نقله من نظامنامة التركات من أن التركة إذا كان فيها قاصر تضبط بحسب أصول الشريعة الإسلامية لما يترتب عليه أنه لو كان فيها وصية لوارث لكانت باطلة حتما » .

وهذا الذى استخلصته محكمة النقض من نظام تركات العيسويين صحيح لا غبار عليه ، وقد سبق لنا أن بسطناه تفصيلا عند ما تناولنا بالبحث هذا النظام .

ويعترض الأستاذ صليب سامى باشا على هذا القول بأن نظام تركات العيسويين وقف العمل به فى مصر ، وأنه ليس قانونا بل هو منشور وزارى ، وقد أجبنا على هذه الاعتراضات بما فيه الكفاية ، فلا حاجة للإعادة .

١٠٠ — السبب الثانى — كون اختصاص المحكمة الشرعية بنظر دعوى الأرث يستلزم اختصاصها بدعوى الوصية ، ويقتضى الحكم فيها طبقا للشريعة الإسلاميه : وفى هذا تقول محكمة النقض :

« إنه مع تسليم كل الطوائف المسيحية بأن المواريث إنما هى من اختصاص المحاكم الشرعية وحدها ما لم يتراض الخصوم — هذا التسليم يقتضى حتما بطلان الوصية للوارث ، لأنه إذا وجدت تركة فيها وصية لوارث ، ورفع الأمر فيها للقاضى الشرعى بخصوص الأرث ، كما هو الواجب ، لحكم فى هذا الأرث طبعا بمقتضى الشريعة الإسلامية ، ولأبطل الوصية للوارث » .

وهذا القول لا شك فى صحته . وقد قدمنا أن القاعدة التى تقضى بأن الوصية لا تجوز إلا فى الثلث ولغير وارث هى من القواعد الأساسية فى الميراث .

وقد اعترض الأستاذ صليب سامى باشا على هذا القول باعتراضات خمسة ، نوجزها ونرد عليها .

قال إنه لا يوافق محكمة النقض على قولها إنه إذا وجدت تركة مسيحى فيها وصية لوارث ، فانه يجب رفع الأمر فيها أولا للقاضى الشرعى . فما دام القانون قد جعل مسائل الوصية من اختصاص القضاء الملى اختصاصا إجباريا ، فلا يجوز لأى قضاء آخر أن يعتدى على هذا الاختصاص . وهذا الاعتراض غير وارد ، لأن المحكمة الشرعية ، بفرض أنها غير مختصة بنظر الوصية ، مختصة قطعا بنظر الميراث . وهى لا تستطيع أن تطبق قواعد الميراث تطبيقا صحيحا إلا إذا أبطلت الوصية كلها إذا كانت لوارث أو فيما جاوز

الثلث إذا كانت لغير وارث . وهذا لا يمنع من اختصاص القضاء الملى بنظر الوصية ، إذا فرض أنه كان مختصا ، ولكن يتقيد هذا القضاء بالحكم السالف الذكر .

ويعترض الأستاذ صليب باشا اعتراضا ثانيا ، فيقول « إن حق الورثة فى التركة لا يأتى إلا بعد البداءات من نفقة وتجهيز ودفن ومن دين وبعد الوصية ، فالواجب بحكم الشرع أن يكون الحكم فى الوصية أولا للمجلس الملى ، وما بقى بعد الوصية يصبح تركة ، ويكون الحكم فيه للمحكمة الشرعية بعد ذلك » . وقد بينا أن هذا القول غير صحيح فى الشريعة الإسلامية . والصحيح هو ما قررناه قبلا من أن الموصى له شريك الوارث فى التركة ، حتى إن الهلاك عليهما جميعا . ولا يجوز القول أن ما بقى بعد الوصية يصبح تركة ، فان الموصى به يدخل فى التركة ، وهو ليس بدين عليها بل هو جزء منها .

والقول بأن المحكمة الشرعية إذا رفعت أمامها دعوى الأرث يجب أن تقصر ولايتها على بيان الورثة ونصيب كل منهم دون تطبيق الأنصبة على موجودات التركة بما يتعارض مع الوصية ، هذا القول لا يمنع من أن نصيب الموصى له يعتبر كنصيب الوارث ، وأنه إذا زاد على النصاب المقرر تعارض مع نصيب الوارث ، حتى مع الاقتصار على بيان الورثة ونصيب كل منهم .

ويقول الأستاذ صليب باشا أخيرا إن رأى محكمة النقض يعارض التحرير السامى الصادر فى سنة ١٨٩١ للروم الأرثوذكس ، ويعارض حكم

المحكمة الشرعية العليا الصادر فى ١٥ أبريل سنة ١٩٣٠ . أما انه يعارض التحرير السامى فلا ، لأن هـذا التحرير ، على أوسع تقدير ، أعطى القضاء الملى للروم الأرثوذكس اختصاصا إجباريا فى الوصية ، وقد ذكرنا أن القضاء الملى عند ما ينظر فى دعاوى الوصية يجب أن يتقيد بالقاعدة التى تقضى بأن الوصية لا تجوز إلا فى الثلث ولغير وارث . وأما انه يعارض حكم المحكمة الشرعية العليا المشار إليه فنعم ، ولكنا ذكرنا أن المحكمة الشرعية العليا قد عدلت عن المبدأ الذى قررته فى هـذا الحكم إلى المبدأ الصحيح الذى نقول به .

١٠١ — السبب الثالث — كون أحكام بيع المريض الواردة فى القانون المدنى تقتضى إطلاق حكم الوصية طبقاً لحكم الشريعة على جميع المصريين على السواء . وتقول محكمة النقض فى هذا الصدد :

« أن هذا المعنى وهو كون الوصية لا تجوز لوارث ، والمعنى السابق وهو كونها لا تجوز إلا من الثلث مهما يكن دين الوصى ، قد لاحظه الشارع المصرى عند وضعه القانون المدنى للمحاكم المختلطة فى سنة ١٨٧٥ ، كما لاحظه عند وضع القانون المدنى للمحاكم الأهلية فى سنة ١٨٨٣ . إذ قرر فى باب البيع حكمين خاصين ببيع المريض مرض الموت نص فيهما (مادتى ٣٢٠ و ٣٢١ مختلط ومادتى ٢٥٤ و ٢٥٥ أهلى) على أن بيعه إن كان لوارث فلا ينفذ إلا إذا أجازه باقى الورثة ، وإن كان لغير وارث جاز الطعن فيه متى كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث المال . ثم قرر فى المادة ٣٢٢ مختلط و ٢٥٦ أهلى

حكما متفرعاً على حكم المادة ٣٢١ مختلط و ٢٥٥ أهلى . وهذه الأحكام السارية على كل المصريين من مسلمين وغير مسلمين لا تقوم إلا على أساس القاعدة الشرعية القاضية بأن التصرفات الإنشائية المنجزة للمريض مرض الموت تعتبر مبدئيا من قبيل الوصية ، فإن كانت لوارث فلا تجوز إلا إذا أجازت الورثة ، وإن كانت لأجنبي فلا تجوز المحاباة فيها إلا من الثلث . وهذا وحده يكفى فى التدليل على صحة ما تقدم فى هذه المسألة وفى المسألة السابقة » .

وهذه اللفتة من محكمة النقض عظيمة الخطر . فقد سبق أن أشرنا إلى أن التقنينين المدنيين الأهلى والمختلط نص كلاهما على أحكام بيع المريض ، ونقل ذلك عن الشريعة الإسلامية . والمسلم أن هـذه الأحكام هى أحكام الوصية بالذات . أما التقنين المختلط فقد نص فى المادة ٣٢٣ على أن هذه الأحكام لا تـكون مرعية إلا فى حق البائع الذى يحكم فى أهليته الشخصية بمقتضى قواعد الشريعة المحلية . ومعنى ذلك أنها لا تنطبق على الأجانب . ولم يقل التقنين الأهلى شيئاً فى هذا الصدد . فدل ذلك على أن أحكام بيع المريض وهى نفسها أحكام الوصية كما قدمنا ، تنطبق على جميع المصريين ، مسلمين وغير مسلمين ، كما تقول محكمة النقض .

يعترض الأستاذ صليب سامى فى مذكرته على هذا التدليل اعتراضات عدة ، بعضها شكلى وبعضها موضوعى .

أما الشكلى فنجمله فى أن المشرع المصرى ما كان له أن ينص على أحكام الوصية فى باب البيع ، وأن ينص عليها بطريق غير مباشر ، فيجعل الأصل وهو الوصية يأخذ حكم الفرع وهو بيع المريض . ويسهل دفع هذا الاعتراض

بأن التقنين المدنى لا يشتمل على الأحوال الشخصية كما هو معروف . وأحكام الوصية من الأحوال الشخصية كما يقول الأستاذ صليب سامى باشا نفسه . فلم يجد المشرع فى التقنين المدنى مجالا لإيراد أحكام الوصية . ثم لما سنحت له الفرصة فى مسألة من الأحوال العينية تأخذ حكم الوصية وهى بيع المريض ، لم يتردد فى إيراد أحكام الوصية وفى جعلها عامة تطبق على جميع المصريين من مسلمين وغير مسلمين . وما ورد فى التقنين المدنى من نصوص فى المواريث والوصية (م ٥٤ — ٥٥/٧٧ — ٧٨) ليست أحكاماً موضوعية ، وما كان ينبغى أن ترد فيهما أحكام موضوعية وهما من الأحوال الشخصية ، بل هى قواعد للتنازع الدولى ما بين القوانين كما قدمنا .

أما الاعتراضات الموضوعية فتتلخص فى أن الأستاذ سامى باشا يذهب إلى أن تفسير محكمة النقض يتناقض مع التشريعات القائمة :

يتناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، لأن « هذه الشريعة السمحاء قد قضت بأن مواريث الذميين من اختصاص قاضيهم الدينى ، يحكم فيها طبقا لحكم دينهم » . هذا ما يقوله الأستاذ الجليل . وقد بينا أن الشريعة الإسلامية على العكس من ذلك ، تقضى بأن مواريث الذميين ووصاياهم تخضع لأحكامها .

ويتناقض مع التحرير السامى الصادر فى ٣ فبراير سنة ١٨٩١ ، ومع القوانين الصادرة بتشكيل المجالس الملية فى سنى ١٨٨٣ و ١٩٠٢ و ١٩٠٥ كما يقول الأستاذ سامى باشا . ولا تناقض هناك . فالطوائف الثلاث التى يجوز القول بأن مجالسهم الملية مختصة بنظر الوصية — وهى الروم الأرثوذكس والأنجيليون والأرمن الكاثوليك — يجب أن تراعى ، عند نظر قضايا الوصية

تطبيق القاعدة التى تقضى بأن الوصية لا تجوز إلا فى الثلث ولغير وارث ، وقد سبق بيان ذلك . أما الأقباط الأرثوذكس فوصاياهم من اختصاص المحاكم الشرعية ، كما قدمنا ، ولا حاجة للقول مع محكمة النقض أن القانون المدنى الأهلى الصادر فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ قد عدل قانون المجلس الملى للأقباط الأرثوذكس الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ ، فيما يتعلق بنصوص بيع المريض ، لأن هذا القانون الأخير قد أخرج الوصية ، ضمن المواريث ، من الاختصاص الإجبارى للقضاء الملى ، فلم يكن فى حاجة إلى أى تعديل فى هذه المسألة .

ويتناقض تفسير محكمة النقض أخيراً . كما يقول الأستاذ صليب باشا سامى ، مع النصوص الواردة فى التقنينين المدنيين (م ٥٤ — ٥٥/٧٧ — ٧٨) والقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ . ونكرر مرة أخرى أن هذه النصوص لا دخل لها بالتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية ، بل هى قواعد للتنازع الدولى ما بين القوانين .

أما أن تفسير محكمة النقض لأحكام بيع المريض يقضى حتما بتحريم الوصية على جميع الأجانب المقيمين بمصر ، كما يذهب إلى ذلك الأستاذ صليب سامى باشا ، فغير صحيح ، لأن المادة ٣٤٣ من التقنين المختلط تمنع هذا التحريم ، تمنعه صراحة فيما يتعلق بالوصية فيما يخرج من الثلث لأنها تشير إلى « المادتين السابقتين » وهما يعرضان لهذه القاعدة ، وتمنعه ضرورة فيما يتعلق بالوصية للوارث لأنها قاعدة متصلة أوثق الاتصال بالقاعدة الأولى . ولا يصح أن تطبق قاعدة منهما على الأجانب دون الأخرى ، فأن فى هذا تناقضا لا يجوز

فى التشريع . والصحيح أن القاعدتين معاً لا تطبقان على الأجانب ، أما لأن الظاهر هو أن المادة ٣٢٣ عند ما أشارت إلى « المادتين السابقتين » وقعت فى خطأ مادى ، وكان الواجب أن تشير إلى « المواد الثلاث السابقة » ، وأما لأن المادة ٨٧ من التقنين المختلط تجعل وصية الأجنبى خاضعة لقانون جنسيته فلا تسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية كما يقول الأستاذ صليب سامى باشا. وبذلك يسلم تفسير محكمة النقض ويرتفع الحرج ، والأستاذ صليب سامى باشا نفسه هو الذى اقترح الحل لرفعه .

هذا ما نعتقد أنه الصحيح قانونا ، ولم نرد أن نجارى القضاء المختلط فيما لا نعتقده صحيحا . وألا كان لنا أن نستفيد من قضائه المضطرد بأن القاعدة التى تقضى بأن الوصية لا تجوز لوارث يخضع لها جميع المقيمين فى مصر ، مسلمين أو غير مسلمين ، مصريين أو أجانب (انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ ب ٣٤ ص ٢٤٧ — ٣ يونيه سنة ١٩٢٢ ب ٣٤ ص ٤٥٢ — ١٥ يونية سنة ١٩٢٦ ب ٣٨ ص ٤٧٢) .

وقد أشار الأستاذ صليب سامى باشا إلى فروق عديدة بين الوصية وبيع المريض من حيث الأحكام التفصيلية ومن حيث الأساس (انظر مذكرته ص ١٠٢ — ص ١٠٥) . ولا نتابعه فى كل ذلك . ويكفى أن نقول أن الشريعة الإسلامية تعطى بيع المريض حكم الوصية ، ولا جدال فى هذا ، مهما تكن الفروق الظاهرية ما بين التصرفين . فالمريض مرض الموت إذا تصرف حمل تصرفه على أنه وصية . وما كان لشخص أيقن من الموت القريب أن يعنيه من شؤون الدنيا ما يعنى سائر الناس من بيع وشراء. وإنما هو يوصي ، وهذا

ما يتفق مع حالته النفسية . ويجب تفسير نصوص التقنين المدنى المصرى على هذا الأساس ، فلا يكون هناك فرق فى الحكم بين بيع المريض والوصية. وما قاله الأستاذ صليب سامى باشا من أن علة أبطال تصرفات المريض فى الشريعة الإسلامية هو اتقاء الغبن فى حقوق الورثة ، وأما علته فى القانون المصرى فهو الأرادة المعيبة ، لا نراه صحيحا . فالعلة واحدة فى الشريعة الإسلامية وفى القانون المصرى ، وهى حماية حقوق الورثة ، سواء كان التصرف بيع مريض أو وصية . وجَعْلُ الطعن فى بيع المريض يستند إلى عيب فى الارادة فى القانون المصرى من شأنه أن ينحرف بهذا الطعن عن أساسه الصحيح ، فإن المريض قد يكون مستكملا لكل قواه العقلية ، ويبيع دون أن يكون هناك عيب فى إرادته ، ومع ذلك يبقى بيعه غير سار فى حق الورثة إلا إذا أجازوه . أما إذا شاب إرادة المريض عيب فهذا شىء آخر ، وعندئذ يجوز الطعن فى بيعه لسببين : المرض وهذا العيب الذى شاب إرادته.

<u>١٠٢ — السبب الرابع — كون الوصية ليست من الأمور الدينية كالزواج حتى يتعين خضوعها للقوانين الطائفية :</u> وهنا يسمح لنا الأستاذ الجليل صليب سامى باشا أن نعدل على النحو المتقدم العنوان الذى وضعه للسبب الرابع . أما ما وضعه هو عنوانا : « كون الوصية من الامور العينية يسرى عليها قانون موقع العقار » ، فلا يتفق مع الرأى الصحيح لمحكمة النقض ، وقد خرج هو نفسه بهذه النتيجة بعد بحث مستفيض . تقول محكمة النقض :

« وأما عدم جواز الوصية للوارث ، فإن مما يجب التنبيه إليه أن أصل

حكم الشريعة الإسلامية فى وصايا غير المسلمين أنها إنما تصح إذا كانت قربة عند المسلمين وعند الموصين ، بحيث أنها إذا كانت قربة عند الموصين فقط وليست قربة عند المسلمين ، فالرأى الراجح أنهـا لا تجوز . فمن أوصى من المسيحيين مثلا لبناء الـكنائس والبيع أو لإعانة الرهبان على الرهبنة ، فإن وصيته تكون باطلة فى رأى صاحبى أبى حنيفة ، لأنها إذا كانت قربة عند الموصى فليست قربة عند المسلمين . هذا هو الأصل الذى كان يمكن أن يقضى به القضاة الشرعيون إذا رفع إليهم الأمر . ولأن الوصية على الـكنائس والبيع والقسس والرهبان هى من أهم ما يتوسل به المسيحى لنيل ثواب الآخرة ، كما يتوسل المسلم بالوصية للمساجد وخدمة الشريعة الإسلامية ، فإجراء ذلك الحـكم الشرعى على وصايا غير المسلمين فيـه إحراج عظيم لهم . وهذا هو وحده المعنى الذى يهتم له المسيحيون ويعملون على تنفيذ وصاياهم فيه . فمتى صرح لهم بأن الثلث الذى لهم حق فى الوصية به يصح أن يكون على وجوه معتبرة فى دينهم ، فقد كمل لهم غرضهم . إما أن يدعوا أن هذا الثلث أو أكثر منه يصح أن يوصى به لوارث ، فإن هذه مسألة مالية صرفة لا علاقة لهـا بالدين ، بل هى من أمور الأحوال العينية التى يكون فيها التشريع عاماً لـكل الرعايا مهما اختلفت أديانهم — نبين هـذا ليظهر فقدان كل حكمة فى المغايرة فى الوطن الواحد بين المسلمين وغير المسلمين من حيث جواز الوصية للوارث وعدم جوازها » .

تريد محكمة النقض من ذلك أن تبين أن الحـكمة فى إخضاع مواريث غير المسلمين لأحكام الشريعة الإسلامية هى نفسها الحـكمة التى تقتضى أن تخضع وصية غير المسلم لهذه الأحكام . ففى الحالتين ليس للدين هذا الشأن

الذى يستدعى تطبيق القوانين الطائفية . والأمر الدينى الذى تجب مراعاته فى الوصية ، والذى يجب الأخذ فيه بما يدين به الذميون ، هو الوصية بما هو قربة عندهم وغير قربة عند المسلمين ، كالوصية للكنائس والبيع والأديرة . فيجب القول بجواز هذه الوصية والأخذ فى ذلك بقول أبى حنيفة دون الصاحبين . فمتى أجيزت الوصية على هذا النحو ، فقد كمل لغير المسلمين غرضهم ، ولم يعد هناك ما تتأذى له العاطفة الدينية إذا طبقت أحكام الشريعة الإسلامية فى أن الوصية لا تجوز إلا فى الثلث ولغير وارث ، إذ « أن هذه مسألة مالية صرفة لا علاقة لها بالدين » ، كما تقول محكمة النقض ويجب إذن الأخذ بهذا الحكم فى وصية غير المسلم لأن الشريعة الإسلامية هى الشريعة العامة فى المواريث والوصايا لجميع المصريين ، مسلمين وغير مسلمين ، ولأن « المقرر من قبل من جانب سلطان تركيا لوصايا غير المسلمين قد أصبح جزءاً من نظام الطوائف لا يجوز العدول عنه ، وقد أقره القانون المدنى وليس عنه من محيص . فمتى قيل فى أى قانون من قوانين الطوائف أن الحكم يكون على مقتضى القانون الكنسى ، فمعنى ذلك القانون الكنسى ملحوظا فيه الأوامر التشريعية الصادرة من أولى الأمر والسلطان الأعلى » .

هذا ما تقوله محكمة النقض ، وهو قول سليم لا غبار عليه . ولا نعتقد أن محكمة النقض تريد أن تقول أن الوصية يجب أن تخضع لقانون العقار ، وهى ليست فى حاجة إلى هذا القول . أما ما جاء فى قولها من أن الوصية « من أموز الأحوال العينية التي يكون فيها التشريع عاما لكل الرعايا مهما

اختلفت أديانهم » ، فلا تقصد به أكثر من أن تردد ما سبق لها تقريره من أن الأصل فى الأمور المتعلقة بالمسائل المالية أن تكون من الأحوال العينية ، « وإذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها هى من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه . غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية — وكلها من عقود التبرعات — تقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة ، فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى قد تحتوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقدير حكمها » . ثم عرضت محكمة النقض بعد ذلك للقاعدة المعروفة فى فقه القانون الدولى الخاص من أن العقارات تخضع لقانون موقعها (lex rei soli) لا لتستخلص من ذلك أن الوصية تخضع لقانون موقع العقار ، بل لتقرر فى القضية التى كانت منظورة أمامها « إنه لا يجوز إعطاء حق الانتفاع إلا لشخص أو أكثر موجودين على قيد الحياة ، ولا يجوز الإيصاء لشخص أو أكثر ولورثته من بعده ما تناسلوا ثم إلى الفقراء إلا على صورة الوقف يرصد به المال على جهة بر مؤبدة لا تنقطع ، وقد توجه المنفعة إلى من يشاء الواقف توجيهها إليه على أن تنتهى إلى جهة البر وتبقى لها على الدوام والتأبيد » . وغنى عن البيان أن هذا التطبيق صحيح ، وإن كان لا شأن له بقضيتنا .

ثانيا — الأسباب العرضية

١٠٣ — بقى من أسباب محكمة النقض ما يسميه الأستاذ صليب سامى باشا فى مذكرته «بالأسباب العرضية» . وهى عرضيـة كما يقول ، إلا سببا واحدا فانه رئيسى ، وهو الخطأ فى الترجمة الذى تسبب عنه هذا التعميم الخاطئ للتحرير السامى الصادر للروم الأرثوذكس .

ولا ندرى لماذا يجعلُ الأستاذ صليب سامى باشا هذا السبب عرضياً على أهميته وخطره ، وعلى أنه سلم به فى آخر الأمر . وليس وضعه بين الأسباب العرضية من شأنه أن يخفى أهميته .

ونحن نقتصر هنا على تناول هذا السبب ، لأن اعتراضات الأستاذ صليب باشا على الأسباب العرضية الأخرى قد رددنا عليها ضمناً فيما قدمناه .

١٠٤ — بعد أن استعرضت محكمة النقض بإيجاز التشريعات العثمانية ، وهى الخط الهمايونى ولائحة صفر والتحريرات السامية الثلاثة ، ذكرت فى صدد التحرير السامى الثالث ما يأتى :

« ولم يرد فى هذا المحرر الأخير شىء يجعل الحكم الخاص بالوصية ، والوارد بالمحرر الأول الصادر لبطركخانة الروم الأرثوذكس عاماً أيضاً شاملا لسائر الملل الغير المسلمة . لكن الباحثين الذين تناولوا هذا الموضوع من قبل ، هم والمحاكم التى نظرت فيه ، قد التبس عليهم الأمر بسبب سوء الترجمة من العربية أو من التركية للفرنسية ، وبدل أن يذكر فى ترجمة محرر الباب العالى الأخير أن العام الشامل هو ما كان من الأحكام متعلقاً بكيت وكيت

(relativement à) ذكر فيها خطأ أن العام الشامل هو الأحكام الواردة بتلك المحررات مثل كيت وكيت (... telles que) . بهذه الترجمة السيئة صار تعميم أحكام الوصية الواردة بالمحرر الخاص ببطركخانة الروم الأرثوذكس التى بالاستانة بين كل الطوائف غير المسلمة فى كافة بلاد الدولة ومنها مصر . ولكن الحق أحق أن يتبع ، فإن أصل المحرر التركى الوارد من الباب العالى موجود بدفترخانة الديوان الملكى بعابدين ، وهو دال على أن أحكام الوصية تلك لم تعمم ، وإن الترجمة للفرنسية خاطئة . وإذن فمن المتعين القول بأن ذلك الحكم الخاص بالوصية إنما كان تطبيقه مقصوراً على التابعين لتلك البطركية وحدهم ، ولا حجة فيه لأحد من غير أبنائها . على أن تلك البطركية قد عفت آثارها الآن ، وأصبحت الأحكام فى تركيا مدنية بحتة لا سلطان لرجال الدين فيها » .

وهذا هو ما شرحناه تفصيلا فيما قدمناه ، وبينا فى صدده أن هذا التعميم الخاطىء للتحرير السامى الصادر للروم الأرثوذكس كان سببا فى الاضطراب الذى وقع فيه القضاء الأهلى والقضاء المختلط بشأن وصية غير المسلم ، بل كان سببا فى الخطأ الذى وقع فيه المشرع المصرى لما أصدر دكريتو سنة ١٩٠٢ للانجيليين ودكريتو سنة ١٩٠٥ للأرمن الكاثوليك على خلاف دكريتو سنة ١٨٨٣ للأقباط الأرثوذكس . فأخرج فى التشريع الأخير من اختصاص القضاء الملى المواريث عامة بما فيها الوصية ، ولم يخرج فى التشريعين الأولين إلا المواريث الطبيعية دون المواريث الإيصائية .

وهذا هو ما كان لمحكمة النقض المصرية الفضل الأكبر فى كشفه

لرجال القانون ولرجال التاريخ ، فلم يعد بعد ذلك عذر لأحد فى ألا ينصاع للحق ، « والحق أحق أن يتبع » .

وهذا هو ما قررته محكمة النقض السورية فى حكمها الصادر فى سنة ١٩٣١ ، وهو الحكم الذى أشرنا إليه فيما تقدم ، فى عبارات لا تجعل مجالا للشك فى أن هذه هى الحقيقة المقررة فى بلد كان ألصق تبعية للدولة العلية من مصر ، وأكثر اتصالا بالتشريعات العثمانية ، وأوسع خبرة بمدى تطبيق هذه التشريعات ، وأبعد عن الخطأ فى فهمها .

وهذا هو ما نعينا على محكمة الاستئناف المختلطة فى حكمها الأخير ألا تعرض له بإيجاب أو نفى كأنها لم تحط به خبرا .

فبماذا يجيب الأستاذ صليب سامى باشا ؟

يبدأ فى شىء من الإبهام ، فيقول : « إذا كانت الدولة العلية قد عممت أحكام المحرر السامى الخاص بالروم الأرثوذكس بين جميع الطوائف فى كافة أنحاء تركيا ، وإن كانت الحكومة المصرية قد جرت على ذلك فى مصر ، فليس لخطأ الترجمة الفرنسية فى ذلك من ذنب » ! !

ومن قال أن الدولة العلية قد عممت أحكام التحرير السامى الخاص بالروم الأرثوذكس ؟ لم يقل ذلك إلا الأستاذ صليب سامى باشا وحده ، وإلا فإن ما نقلناه عن المصادر التاريخية يدل أبلغ الدلالة على أن الدولة العلية ، وهى صاحبة التشريع فى هذه التحريرات السامية ، كانت تعنى ما تقول ، وأنها خصت طائفة الروم الأرثوذكس وحدها بالنظر فى الوصايا ، حتى إن الطائفة الأخرى التى صدر لها بعد ذلك بشهرين اثنين تحرير سام ثان ، وهى طائفة

الأرمن الأرثوذكس ، لم تنل هذه المزية كما رأينا . وعلى العكس من ذلك من ذلك ، كانت الدولة العلية حتى سنة ١٣٢٦ هجرية تفتى مصر أن لائحة ٧ سنة ١٢٧٨ لا تزال مطبقة ، وهى اللائحة التى تقرر وجوب تطبيق القاعدة التى تقضى بأن الوصية لا تجوز فى الثلث ولغير وارث ، وقد سبق أن بينا ذلك .

فلا فائدة إذن من إنكار هذه الحقيقة التاريخية ، ولا يجدى فى دفعها الاحتجاج بوجوب المساواة بين الطوائف ، فقد رأينا أن الدولة العلية لم تخص طائفة الروم الأرثوذكس بهذه المعاملة إلا بعد نضال عنيف ، ولم يكن فى سياستها أصلا التوسع فى الامتيازات الطائفية .

على أن الأستاذ الكبير صليب سامى باشا ، إذا كان قد بدأ فى شىء من الغموض يدفع هذه الحجة القاطعة فقد انتهى أخيراً أن سلم بها إذ يقول :

« وعلى كل حال ، فهذا الخطأ فى الترجمة ، على فرضه ، لا يؤثر فى الحقوق التى ترتبت للطوائف التى صدر بنظامها قوانين من الحكومة المصرية ، ومن هذه الحقوق حق الوصية طبقا لحكم دينها . ولا تملك محكمة النقض على كل حال أن تنقض القوانين ، وتقضى على خلاف أحكامها بحجة أن أساس التشريع فيها مبنى على خطأ فى الترجمة ، لأنه إذا جاز لمحكمة النقض أن تفسر القوانين عند غموض النص ، بمضاهاة نصها على الأصل الفرنسى إذا كان القانون قد وضع أصلا بالفرنسية ، فلا يجوز لها دستوريا أن تنقض أحكام القانون الصريحة بحجة أن أساسها التشريعى خاطىء » .

يريد الأستاذ صليب سامى باشا أن ينقذ ما يمكن إنقاذه : ينقذ قوانين

الطوائف التي صدرت بها تشريعات مصرية ، وهي طائفة الأقباط الأرثوذكس وطائفة الأنجيليين وطائفة الأرمن الكاثوليك ، بحجة أن التشريع المبني على خطأ يبقى مع ذلك صحيحاً . لا بأس من التسليم له بذلك ، على أن نضيف إلى قائمته طائفة الروم الأرثوذكس وهي التي صدر بشأنها التحرير الذي عمم خطأ ، وعلى أن نخرج من القائمة طائفة الأقباط الأرثوذكس فهذه صدرت لائحتها قبل التعميم الخاطئ ولذلك خرج من اختصاص قضائها الملي المواريث عامة بما فيها الوصية كما بيّنا .

ونكون إذن متفقين مع الأستاذ صليب سامي باشا على أن طوائف الروم الأرثوذكس والإنجيليين والأرمن الكاثوليك لهم الحق في نظر وصاياهم أمام قضائهم الملي طبقا لحكم دينهم ، على أن يراعوا القاعدة الأساسية في الميراث وهي التي تقضي بأن الوصية لا تجوز إلا في الثلث ولغير وارث .

الباب الخامس

الباب الخامس

شرط اتحاد الملة

في اختصاص القضاء الملي

---

١٠٥ — على أن الشرط الجوهري في اختصاص القضاء الملي ، الشرط الذي لا بد منه (sine qua non) على قول محكمة الاستئناف المختلطة — سواء أكان هذا الاختصاص إجباريا أم كان اختياريا — هو أن تتحد ملة الخصوم

هذا المبدأ الأساسي لا يقوم – ولا يمكن أن يقوم — في شأنه أي نزاع ، لأنه المبدأ الذي أجمعت عليه كل التشريعات التي تنظم القضاء الملي ، وهو المبدأ الذي أجمع عليه القضاء والفقه في مصر .

ونحن بعد أن نستعرض التشريع والقضاء والفقه في هذا الموضوع ، نتولى الرد على ما جاء في مذكرة الأستاذ صليب سامي باشا في هذا الصدد ، ثم نبين اختلاف ملة الخصوم في قضيتنا .

---

(١)

التشريع والقضاء والفقه

فى وجوب اتحاد الملة

أولا — التشريع

١٠٦ — رأينا فيما قدمناه أن التشريعات التى تنظم القضاء الملى هى :

(١) الخط الهمايونى الصادر فى سنة ١٨٥٦ .

(٢) التحريرات السامية الصادرة فى سنة ١٨٩١ .

(٣) لائحة الأقباط الأرثوذكس الصادرة فى سنة ١٨٨٣ .

(٤) لائحة طوائف الأنجيليين الصادرة فى سنة ١٩٠٢ .

(٥) لائحة الأرمن الكاثوليك الصادرة فى سنة ١٩٠٥ .

وهذه التشريعات كلها تقرر بصريح النص وجوب اتحاد الملة حتى يصبح القضاء الملى مختصاً .

وها نحن نعيد نقل نصوصها فى هذه المسألة ، على أن يكون ما ننقله هذه المرة هى النصوص الفرنسية لأنها أكثر وضوحاً ، وقد سبق نقل النصوص العربية .

١٠٧ — الخط الهمايونى : جاء فى المادة ١٨ من هذا التشريع ما يأتى :

"Les procès civils spéciaux . . . . entre les sujets d'un même rite chrétien ou autre non-musulman . . . . . ."

ويتبين من هذا أن شرط اختصاص القضاء الملى حتى لو كان اختياريا — وهو فى الخط الهمايونى اختيارى دائماً — أن تكون الخصوم من ملة واحدة . فإذا اختلفت الملة كان القضاء الشرعى هو المختص ، والشريعة الإسلامية هى الواجبة التطبيق ، لأن الشريعة الإسلامية هى الشريعة العامة للبلاد فى مسائل الأحوال الشخصية .

١٠٨ — *التحريرات السامية* : يعنينا من هـذه التحريرات التحرير السامى الأول الصادر فى ٣ فبراير سنة ١٨٩١ للروم الأرثوذكس ، وهو وحده الذى عرض لمسألة الوصية . وقد جاء فيه ما يأتى :

"Cependant, cette décision étant relative à la communauté grecque orthodoxe, les contestations seront du ressort des tribunaux de la Sublime Porte au cas où une partie des héritiers appartiendrait à une autre communauté, ou appartiendrait à une autre nationalité étrangère . . . . ."

وهذا صريح فى وجوب اتحاد الملة حتى تكون الوصيـة داخلة فى اختصاص القضاء الملى .

١٠٩ — *لائحة الأقباط الأرثوذكس* : جاء فى المادة ١٦ من هذه اللائحة

"Il appartient également au conseil de connaître des différends qui surgissent entre coptes . . . ."

فالنص صريح فى أن الأقضية التى يختص بنظرها المجلس الملى — سواء كان اختصاصه إجبارياً أو اختياريا — يجب أن تكون أقضية فيما بين الأقباط الأرثوذكس ، أو فيما بين أبناء الملة كما يقول النص العربى . فإن اختلفت

الملة ، فالاختصاص للمحاكم الشرعية ، والشريعة الإسلامية هى التى تطبق .

١١٠ — **لائحة الأنجيليين** : جاء فى المادة ٢١ من هذه اللائحة :

"Le conseil général sera compétent pour entendre et juger toutes questions relatives . . . . . . au statut personnel, qui naissent entre . . . . Protestants indigènes . . . . .

Cependant, sa compétence ne s'étendra à aucune matière qui ne peutêtre régulièrement décideé sans appeler devant le conseil, en qualité des parties en cause, des personnes autres que des Protestants indigènes."

وفى هذا أيضا النص صريح فى أنه لا بد من اتحاد الملة . بل أن هذه اللائحة لاتكتفى بأن تكون الخصومة قائمة بين إنجيليين ، فهى تشترط فوق ذلك ألا تكون الدعوى بحيث لا يمكن الفصل فيها الا بإحضار أشخاص غير انجيليين وطنيين أمام المجلس بصفة خصوم فيها . وقد قدمنا مثلا لذلك أن يرفع الإبن دعوى النسب على أبيه ، وكل منهما إنجيلى ، فيقتضى الأمر ادخال الأم فى الدعوى لإثبات زواجها الشرعى بالأب ، وتكون الأم غير انجيلية . ففى هذه الحالة يكون الاختصاص للمحاكم الشرعية لا للمجلس الملى .

١١١ — **لائحة الأرمن الكاثوليك** : جا فى المادة ١٦ من هذه اللائحة :

"Les commissions seront compétentes pour juger toutes questions relatives . . . . an statut personnel entre Arméniens Catholiques indigènes . . . . .

Cependant, leur compétence ne s'étendra à aucune matière qui ne peut être régulièrement décidée sans la mise en cause de personnes autres que les Arménins Catholiques indigènes . . . .

وهذا النص يطابق النص الذى نقلناه عن لائحة الانجيليين ، وما قيل هناك يقال هنا .

ثانيا — القضاء

١١٢ — والقضاء المصرى ، من أهلى وشرعى ومختلط ، يجعل اتحاد الملة شرطا أساسيا لاختصاص القضاء الملى .

١١٣ — *القضاء الأهلى* : قضت محكمة استئناف مصر الأهلية بأنه يشترط لاختصاص المجلس الملى للأقباط الأرثوذكس فى مسائل الإرث شرطان : الأول أن يكون التقاضى أمامه برضاء الأخصام . والثانى أن يصدر قراره فى حدود اختصاصه ، أى بين الأشخاص التابعين للطائفة المذكورة . فإذا صح الاستدلال على رضاء الأخصام باختصاصه لسكوتهم على التقاضى أمامه ، فأنه لا يختص على كل حال بالفصل فى مسائل الإرث إذا كان بين الأخصام شخص تابع لملة أخرى (١٥ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٩١٦) . وقضت أيضا بأنه إذا كان هناك اختلاف فى مذهب الطرفين فيتعين تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لتصرفات الولى فى مال ابنه (١٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٣٢٤) .

وقضت نفس المحكمة بأن الرأى قد استقر على أن المجالس الملية للطوائف غير الاسلامية تنظر اختيارا فى مسائل المواريث الخالية من الوصايا ، وإلزاميا بالنسبة للمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ، بشرط أن يكون النزاع بين شخصين من ملة واحدة . أما فيما عدا ذلك فالمحاكم الشرعية هى المختصة لإنها المحكمة الطبيعية للبلاد ، وهى تطبق فى قضائها أحكام الشريعة الاسلامية لا شريعة المتخاصمين . وعلى ذلك فتختص بالحكم فى صحة

الوصايا من رعايا الحكومة المحلية غير المسلمين إذا كانوا من ملل مختلفة

(١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ١٣ ص ٨٧١) . ويلاحظ على هذا الحكم أنه يذهب إلى أن اختصاص القضاء الملى فى الوصايا إجبارى على خلاف ما قضت به محكمة النقض . ولكنه مع ذلك يجعل اتحاد الملة شرطا أساسيا لهذا الاختصاص .

وقد صدر حكم من محكمة مصر بصفة استئنافية فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٤ ، أيدته محكمة النقض وأثنت عليه ، وهو يعالج هذه المسألة معالجة مستفيضة فى كثير من الدقة والأحكام . وقد جاء فيه ما يأتى :

« وحيث أن تاريخ التشريع للطوائف التى لا تدين بدين الإسلام والنصوص الصريحة فى هذا الشأن لا تدع مجالا جديا للشك الذى يحاوله البعض فى اختصاص المحاكم الشرعية بالفصل فى مسائل الأحوال الشخصية فى حالة عدم اتحاد دين الخصوم وملتهم ، إذ جاءت المادة ١٨ من الخط الهمايونى الصادر فى سنة ١٨٥٦ صريحة فى أن اختصاص مجالس الطوائف قاصر على حالة ما إذا كانت الدعوى بين اثنين من المسيحيين أو اثنين من الرعايا غير المسلمين ، فالنص إذن يستبعد أولا ، وبلا جدال ، حالة ما إذا كان أحد الطرفين مسلماً سواء كان مدعياً أو مدعى عليه . وما كان يتسنى النص على غير هذا ، فإن القول بغيره مصادمة لقواعد الشريعة الإسلامية التى لا تجيز لغير المسلم أن يقضى على المسلم ، إذ لم يجعل الله لغير المسلمين على المسلمين من سبيل . مع أنه وإن كانت عبارة نص المادة ١٨ غير قاطعة فى وجوب اتحاد ملة غير المسلمين المتقاضين أمام المجالس الطائفية (يلاحظ هنا أن

المحكمة لم ترجع إلى الترجمة الفرنسية الدقيقة التى أوردها youug وهى صريحة فى وجوب اتحاد ملة غير المسلمين ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك) ، إلا أن النصوص السابقة لها تشعر بهذا إذ قررت تشكيل مجلس خاص لنظر الدعاوى المختلطة تجارية كانت أو مدنية — التى تقع بين مختلفى الدين أو الملة أو المذهب ، فلو كان يريد المشرع مد اختصاص المجالس الملية إلى مثل هذه الأحوال فى قضايا الأحوال الشخصية لفعل ، ولأتى بتعبير غير التعبير المحدود فى م ١٨ — يؤيد هذا أيضا أن نص المادة ١٨ يقضى بأن المجالس الملية لا تختص فى مسائل الأحوال الشخصية الا اذا أراد أصحاب الدعاوى — وهو ماجعل الرأى حينا على أن اختصاص المجالس الملية اختيارى لا الزامى — فكيف يتفق هذا الاختيار مع اجبار المدعى على السعى لمحكمة المدعى عليه ؟ على أن هذا هو التفسير الذى استقر عليه الرأى فى مصر ، كما فسرت فى مصر بعض النصوص الأخرى تفسيراً خاصاً ، فقد بدت رغبة المشرع فى هـذا واضحة جلية حين أصدر القوانين الثلاثة الخاصة بالأقباط الأرثوذكس والإنجيليين والأرمن الكاثوليك . فقضى فى المادة ١٦ من الأمر العالى الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ الخاص بالأقباط الأرثوذكس ... على أن اختصاص المجلس يكون فيما يقوم بين « أبناء الملة من الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية » . كذلك م ٢١ من الأمر العالى الصادر فى سنة ١٩٠٢ بخصوص الإنجيليين ، فقد نصت صراحة على أن اختصاص المجلس الملى « لا يتناول أى مادة من المواد التى لا يمكن الفصل فيها إلا بإحضار أشخاص غير إنجيليين وطنيين أمام المجلس بصفة خصوم » . وهذا يطابق النص الوارد فى المادة ١٦ من قانون ٢٧ سنة ١٩٠٥

الخاص بالأرمن الكاثوليك . وهى نصوص صريحة تقطع بألاَّ اختصاص للمجالس الملية إلا إذا اتحدت ملة المتقاضين ، ولا اختصاص لها بحال إذا اختلفت . ويجب الالتجاء حتما فى هذه الأحوال للمحاكم الشرعية التى تعتبر المحاكم العامة بالنسبة لجهات الأحوال الشخصية الأخرى . فضلا عن أن اختصاصها ثابت شرعاً بإجماع الفقهاء إذا كان أحد الخصمين مسلما ، مدعياً كان أو مدعى عليه ، وبين غير المسلمين إذا ترافع إليها أحد الخصمين فيما عدا الأنكحة وفقاً لمذهب الإمام الأعظم الواجب الاتباع أمامها . ويؤيد هذا ما جاء فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة فى سنة ١٩٣٠ ، التى نصت فى الفقرة الأخيرة من م ٩٩ على أنه لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق . وجاء فى المذكرة الإيضاحية : « كانت المحاكم الشرعية عملا بالمادة ٢٨٠ من اللائحة تحكم بوقوع طلاق غير المسلم على زوجته غير المسلمة فى الدعاوى المرفوعة من أحدهما على الآخر ، وكان فى ذلك حرج ومشقة بالنسبة للطوائف التى لا تدين بوقوع الطلاق » . ويستفاد من هذا بداهة أن المحاكم الشرعية مختصة بنظر دعاوى الأحوال الشخصية الخاصة بغير المسلمين . وما ذلك بطبيعة الحال إلا فى حالة اختلاف الدين أو الملة ، أى أن المشرع اعتبر هذا الاختصاص مفروغا منه ، ووضع له قاعدة موضوعية فى حالة من أحواله ، وهى طلاق غير المسلم لزوجته غير المسلمة » . (انظر الحكم منشوراً بأكمله فى مجموعة أحكام النقض للأستاذ محمود عمر جزء أول ص ٥٦٨ — ص ٥٨٥ ، وانظر فيما نقلناه من الحكم ص ٥٨٢ — ٥٨٤) .

وقد قالت محكمة النقض عن هذا الحكم إنه عالج الموضوع «معالجة قانونية قيمة يحرم معها القول بأن هذا الحكم شط فأبطل حكم محكمة الخرطوم أو حكم المجلس الملى افتئاتا منه واعتداء على محارم القانون» (أنظر المجموعة المشار إليها جزء أول ص ٥٩٦).

ولا حاجة إلى إيراد أحكام أخرى وهى كثيرة. وحسبنا أن نختم القضاء الأهلى بإيراد حكمين حاسمين أصدرتهما محكمة النقض فاستقر عليهما القضاء فى هذه المسألة.

صدر الحكم الأول فى ١٥ يونيه سنة ١٩٣٣ (مجموعة أحكام النقض جزء أول ص ٢٣٧ — ص ٢٣٨) يؤيد حكم محكمة استئناف مصر الأهلية الصادر فى ١٠ دسمبر سنة ١٩٣٢ (وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه)، ويقضى بأن مناط اختصاص مجلس الطوائف غير الإسلامية بالفصل فى المنازعات الناشئة عن الوصايا هو إتحاد ملة ذوى الشأن فيها. فإذا اختلفت مللهم كانت الجهة الوحيدة التى يرفع إليها النزاع هى المحاكم الشرعية صاحبة الاختصاص العام فى مواد الأحوال الشخصية.

وصدر الحكم الثانى فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٩ (المحاماة ١٩٤٠ ص ٥٩١)، وهو يقضى بأن دعوى النسب لا تكون من اختصاص المجالس الملية إلا إذا اتحدت ملة الخصوم. أما إذا اختلفت هذه الملة فإن المحاكم الشرعية — لعدم اختصاص أى طائفة بالحكم بين المتخاصمين — هى المختصة دون غيرها بالفصل فى ذلك، لأنها هى محاكم الأحوال الشخصية العامة فى مصر».
(انظر أيضاً تقرير المستشار القضائى فى سنتى ١٩٠٠ و ١٩٠١ ومنشورى

وزارة الحقانية فى ٢١ يونيه سنة ١٩١٤ و ١١ يناير سنة ١٩٢٣) .

بل إن القضاء الأهلى يجرى على هذه القاعدة حتى لو كانت ملة الخصوم متحدة ثم غير أحدهما ملته بعد ذلك ، فيجعل المحاكم الشرعية هى المختصة استناداً إلى « أن الاعتقاد الدينى مسألة نفسية محضة لا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا من طريق المظاهر الخارجية الرسمية ، وإذا ما غير إنسان دينه أو مذهبه ، فلا يخضع من وقت التغيير إلا لأحكام هذا الدين الجديد أو هذا المذهب الجديد ، ولا ينبغى أن ينظر القضاء — أيا كانت جهته — إلا فى توافر تلك المظاهر الخارجية الرسمية لاعتناق هذا الدين أو هذا المذهب . فإذا ما كانت متوافرة وجب عليه قصر بحثه على النتائج المترتبة على هـذا التغيير طبقاً لأحكام ذلك الدين أو المذهب الجديد (نقض ٣ دسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة أحكام النقض جزء ٢ ص ٣٢ — ص ٣٦ — انظر أيضاً محكمة مصر بصفة استئنافية ، وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه : مجموعة أحكام النقض جزء ١ ص ٥٧٧) .

١٤٤ — **القضاء الشرعى** : وبذلك قضت أيضاً المحاكم الشرعية ، فاشترطت اتحاد ملة الخصوم حتى يكون القضاء الملى مختصا . وفى القضية التى نحن فى صددها بالذات ، قضت المحكمة الشرعية العليا فى ١١ مارس سنة ١٩٣٥ ، بأن مدار اختصاص القضاء الملى من عدمه يرجع إلى معرفة ما إذا كان الخصمان متحدين مذهبا ، فيكون نظر الوصايا من حق محكمتهما ، أو مختلفين فتسلب هذا الحق .

وهذا ما قررته محكمة قنا الشرعية فى ٢٩ يوليه سنة ١٩٢٩ (وهو الحكم

المشار إليه فيما سبق : المحاماة الشرعية ١ ص ٦٨٨ — ص ٦٨٩) ، وهى تقول فى هـذا المعنى : « والمبادئ العامة تقضى بأن دعوى الوراثة من اختصاص المحاكم الشرعية اتحد فيها مذهب الخصوم أو اختلف ، إلا فى حالة ما إذا اتحد مذهبهم واتفقوا على الترافع أمام مذهبهم الملى فيكون المجلس فى هذه الحالة فقط مختصا بنظرها ، ولم تستثن الوراثة المقترنة بوصية . وأن مذهب الخصوم فى هذه القضية مختلف فلا يكون المجلس الملى مختصا » . والمحكمة العليا لم تعترض على هذا السبب الذى أوردته محكمة قنا إذ ذكرت فى أسباب حكمها : « وحيث أن المادة ١٦ من القانون رقم ١٩ سـنة ١٩٢٧ بتعديل ترتيب واختصاص مجلس عمومى للأقباط الأرثوذكس نصت على أن من وظائف المجلس المذكور النظر فيما يحصل بين أبناء الملة من الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية الخ الخ» (١٥ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة الشرعية ١ ص ٦٨٨ — ص ٦٨٩) .

انظر أيضا فى هذا المعنى محكمة مصر الشرعية فى ٢٨ مارس سنة ١٩١٧ مجلة الأحكام الشرعية ١١ ص ١٨٣ — محكمة جرجا الشرعية فى ١٥ يونية سنة ١٩٢٩ المحاماة الشرعية ١ ص ٤٢٦ .

١١٥ — القضاء المختلط : أحكام هذا القضاء هى أيضا مضطردة فى أن اتحاد الملة شرط لا بد منه (sine qua non) لاختصاص القضاء الملى .

من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطه فى ٢٧ يناير سنة ١٩٢١ (ب ٣٣ ص ١٦٣) :

"Un patriarcat ne peut prononcer une condamnation pécuniaire contre une personne appartenant à une autre communauté religieuse."

وقضت بالنسبة لطائفة الأرمن الكاثوليك فى ٥ مارس سنة ١٩٢٥ (ب ٣٧ ص ٢٦٧) بما يأتى :

"Cependant, leur compétence ne s'étendra à aucune matière qui ne peut être régulièrement décidée, sans la mise en cause des personnes autres que les arméniens catholiques indigènes, ni aux questions de succession ab intestat, sauf dans le cas où toutes les parties consentent à leur juridiction."

وحتى الأحكام التى تذهب إلى أن اختصاص القضاء الملى إجبارى فى جميع مسائل الأحوال الشخصية عدا المواريث الطبيعية تعلق هذا الاختصاص على اتحاد ملة الخصوم ، وتعتبر هذا الشرط أساسيا .

ومن هذه الأحكام ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة فى ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ (ب ٣٨ ص ٢٢٠) .

"Bien que d'après le Hatt Hamayoun du 18 févr. 1856, l'accord des parties soit requis pour attribuer aux conseils des communautes, non seulement les procès de succession, mais aussi les autres affaires du statut personnel, telles que l'état et la capacité des personnes, la curatelle et les droits de famille, la Cour, en s'inclinant à la pratique différente qui s'était constituée en Egypte et que le Gouverement Egyptien a fini par consacrer législativement, a, depuis 1893, conformé sa jurisprudence à la nouvelle conception d'après laquelle la compétence des patriarcats en matière de statut personnel est reconnue obligatoire, tout en maintenant leur caractère facultatif de leur compétence successorale ab intestat. Le Gouvernement égyptien a cependant subordonné la compétence exclusive de statut personnel, par lui attribuée au patriarcat, à la condition sine que non que les plaideurs appartiennent tous au même rite du conseil qui est saisi : cette restriction s'applique aussi aux patriarcats dont les règlements n'ont pas encore été approuvés par le Gouvernement, tels que le Patriarcat Grec-catholique.

ويلاحظ أن الحكم يشير إلى تحول تم فى القضاء المختلط منذ سنة ١٨٩٣ بشأن القضاء الإجبارى للقضاء الملى . وهذا التحول قد حدث ، كما ذكرنا ، بعد صدور التحريرات السامية فى سنة ١٨٩١ وما نجم عن صدورها من التعميم الخاطئ للتحرير الأول .

وفى حكم آخر قضت محكمة الاستئناف المختلطة (١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ ب ٤٠ ص ٣٠٣) ، مع أنها ذهبت إلى أن اختصاص القضاء الملى فى الوصايا إجبارى ، بأن هذا مشروط باتحاد ملة الخصوم ، أى الورثة والموصى لهم جميعاً وقد قررت ما يأتى :

"On ne saurait soutenir que le pouvoir juridictionnel des patriarcats est obligatoire en matière testamentaire, sauf quand les héritiers appartenant à une communauté ou a une nationalité différente déclinent ce pouvoir, car si le Gouvernement égyptien a attribué aux patriarcats une compétencé absolue et exclusive de statut bersonnel, il l'a subordonnée à une condition sine qua non, à savoir que les plaideurs appartiennent tous au même rite du conseil qui a été suisi. Par conséquent, il ne suffit pas que les héritièrs aient été d'accord pour soumettre le différend au patriarcat; si les légataires sont parties en cause et que parmi eux il y aurait de rite différent de celui du défunt et des héritiers, la condition sine qua non de la compétence du patriarcat n'est pas satisfaite, et il y a lieu de méconnaître sa compétence."

ومن الأحكام ما تشترط اتحاد ملة الورثة دون الموصى لهم (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ ب ٣٥ ص ٥٤٥ — ٢٣ مايو سنة ١٩٢٥ ب ٣٧ ص ٤٤٦) .

بل ذهب القضاء المختلط إلى وجوب اتحاد الملة حتى فى دعوى النسب (استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ ب ٣٨ ص ٢٢٠) ، متفقاً فى ذلك مع قضاء محكمة النقض الذى سبق ذكره .

انظر أيضاً فيما يتعلق بالنفقات والمهر والجهاز : استئناف مختلط ٢٤ دسمبر سنة ١٩٠٢ ب ١٥ ص ٧٥ — ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ ب ٤٨ ص ٢١٥ .

وفيما يتعلق بالوصايا : استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٣ ب ٥ ص ٢٧٦ .

وفيما يتعلق بالمواريث : مصر المختلطة ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ ص ٣٣ — وفى حالة اختلاف الجنسية لا الملة : استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٣٦ ب ٤٨ ص ٢١٥ وانظر كذلك : استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٢ ب ٤٤ ص ٣٠٥ .

والقضاء المختلط كالقضاء الأهلى لا يجعل القضاء الملى مختصا ، حتى فى حالة ما إذا كان اختلاف الملة راجعا إلى تغيير الشخص لمذهبه أو لدينه (استئناف مختلط ٩ دسمبر سنة ١٩١٤ ب ٢٧ ص ٤٥ — ٥ يونيه سنة ١٩١٧ ب ١٩ ص ٢٨٧ — ١٨ دسمبر سنة ١٩٢٣ ب ٣٦ ص ٨٨) .

١١٦ — يخلص مما تقدم أن القضاء على اختلاف أنواعه ، من أهلى وشرعى ومختلط ، قد استقر على وجوب اتحاد الملة حتى يصبح القضاء الملى مختصا بدعاوى الأحوال الشخصية .

ثالثا — الفقه

١١٧ — وليس الفقه بأقل اضطراداً وثباتا على هذا المبدأ المستقر . ففقهاء قانون المرافعات والقانون الدولى الخاص يرون أن اتحاد الملة شرط ضرورى لاختصاص القضاء الملى : انظر شرح لائحة الإجراءات الشرعية لأحمد قمحة بك وعبد الفتاح السيد بك فقرة ٨١٣—فقرة ٨١٤ — المرافعات للأستاذ العشماوى بك فقرة ٤٩٠ — المرافعات للأستاذين دسرتو وعبد الفتاح السيد بك فقرة ٥٨٥ فقرة ٥٨٢ — القانون الدولى الخاص للأستاذ الزينى ص ٥٤٧ — القانون الدولى الخاص للأستاذ حامد زكى ص ٦٠٤ و ص ٦٠٧ — قارن مع ذلك القانون الدولى الخاص للدكتور أبو هيف بك جزء ٢ فقرة ٦٣٠ ص ٩٣٥ ص ٩٣٦ وهو يرى أنه يكفى أن يكون المدعى عليه تابعا لقضاء طائفة معينة حتى يثبت الاختصاص لمجلس هذه الطائفة الملى . وقد تولى الأستاذ أحمد عبد الهادى فى مقال مفصل نشر بمجلة القانون والاقتصاد (السنة الخامسة ص ٢١ وما بعدها) الرد على هذا الرأى الذى انفرد به الدكتور أبو هيف بك .

١١٨ — ويذهب الأستاذ سيزوستريس باشا إلى أن شرط اتحاد الملة ، حتى يصبح القضاء الملى مختصا ، ضرورى فى الوصية . أما فى الزواج فليس بضرورى ، وإذا اختلفت الملة فى هذه الحالة كان القضاء الملى الذى يتبعه المدعى عليه هو المختص (أنظر كتابه عن البطركخانات ص ٣٠٢) .

ولا محل — أمام النصوص الصريحة التى نقلناها عن التشريعات التى

تنظم القضاء الملى فى مصر وأمام القضاء المصرى المضطرد الثابت على النحو الذى بيناه — لهذا التميز بين الوصايا ومسائل الزواج . فكل مسائل الأحوال الشخصية لا تدخل فى اختصاص القضاء الملى إلا إذا اتحدت ملة الخصوم . أما إذا اختلفت الملة فالمحاكم الشرعية هى المختصة .

١١٩ — ويعلل الدكتور بغدادى شرط اتحاد الملة تعليلا يُخَرِّجُه على أحكام الشريعة الإسلامية . فإن الفقه الإسلامى إذا كان يجيز فى بعض الأحوال الاستثنائية تطبيق قانون الملة ، فلا يجوز أن يكون هذا القانون حجة إلا على أبناء الملة وحدهم ، ولا يكون متعديا إلى غيرهم من أبناء الملل الأخرى (أنظر رسالته ص ١٥٦ — ص ١٦٠ وهو يورد هذا المعنى ويرد فى الوقت ذاته على الأستاذ سيزوستريس باشا فى الرأى الذى نقلناه عنه) .

وانظر أيضا فى وجوب اتحاد الملة رأى الأستاذ Zasy أحد فقهاء القانون الدولى الخاص (مذكرة النيابة ص ١٥) .

---

(٢)

الرد على مذكرة الأستاذ صليب سامى باشا

فى شأن اتحاد الملة

---

١٢٠ — يقول الأستاذ صليب سامى باشا أن شرط اتحاد الملة لا يمكن

تطبيقه فى دعاوى الأرث والوصية لأسباب خمسة ، نعقب عليها بالرد سببا سببا .

١٢١ — السبب الأول : يقول الأستاذ الكبير أن الاختصاص فى دعاوى الأرث والوصية إنما يتعين بحالة المورث أو الموصى عند وفاته ، وليس بحالة الخصوم من الورثة أو غيرهم عند رفع الدعوى . ويزيد هذا القول إيضاحا عندما يضيف (ص ٦١) : « أما كون الاختصاص فى دعوى الوصية يتعين بحالة الموصى ، فلأن المادتين ٥٤ و ٥٥ من القانون المدنى تقضيان بخضوع الوصية لشريعة الموصى . وهكذا تقضى المادتان ٧٧ و ٧٨ من القانون المختلط ، والمادة ٣ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ بشأن اختصاص محاكم الأحوال الشخصية المصرية . وحكم هذه المواد يتفق وحكم الشريعة تماما » .

وقد بيّنا فيما قدمناه أن المواد ٥٤ و ٥٥ من القانون المدنى الأهلى و ٧٧ و ٧٨ من القانون المدنى المختلط و ٣ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ لا علاقة لها بموضوعنا بتاتاً ، وأنها تعرض للنزاع الدولى ما بين القوانين ، ولا شأن لها بالتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية ، فلا نعود إلى ذلك . وبيّنا أيضاً أن حكم الشريعة الإسلامية يختلف تماما ، بل هو على النقيض مما يذهب إليه الأستاذ الجليل .

١٢٢ — السبب الثانى : ويقول الأستاذ صليب سامى باشا فى السبب الثانى أن أحكام الاختصاص الواردة فى لوائح تشكيل المجالس الملية يجب أن تفسر فى ظل الأحكام الموضوعية الواردة فى القانون المدنى ، وأنه إذا كان

هناك تعارض ظاهرى ، فالواجب أن نرجح الأحكام الموضوعية الواردة فى القانون المدنى على الأحكام الإجرائية .

وواضح أن هذا السبب الثانى مرتبط كل الارتباط بالسبب الأول . والمفروض فيه أن الأحكام الموضوعية الواردة فى القانون المدنى ، وهى التى يرجحها الأستاذ صليب سامى باشا على الأحكام الإجرائية الواردة فى لوائح تشكيل المجالس الملية ، لها المعنى الذى يقول به . أما وقد تبين أن هذه الأحكام الموضوعية لا شأن لها مطلقاً بموضوعنا ، وألاّ تناقض بينها وبين الأحكام الإجرائية ، بل أن كل نوع من هذه الأحكام له نطاق مستقل عن نطاق الآخر ، فالأولى نطاقها التنازع الدولى والأخرى نطاقها التنازع الداخلى ، فلا تناقض إذن ولا تعارض ، ويجب حصر كل نوع فى نطاقه .

على أنه لو صح هذا التعارض — وهو غير صحيح — لوجب أن تقيد القواعد الخاصة الواردة فى القانون المدنى ، لأن الخاص يقيد العام .

١٢٣ — **السبب الثالث** : ويقول الأستاذ صليب سامى باشا فى السبب الثالث أن قواعد المنطق السليم تقضى باختصاص المجلس الملى بنظر دعوى الوصية ولو اختلفت ملة الأخصام خوفاً من التحايل على القانون . ويخشى الأستاذ صليب باشا من أنه لو أخذنا بالرأى الآخر ، فإن الورثة تسارع إلى تغيير مذهبهم حتى تختلف ملتهم فتصبح الوصية من اختصاص القاضى الشرعى فيقضى ببطلانها طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية .

ولماذا يخشى الأستاذ الجليل من تطبيق الشريعة الإسلامية على الوصية

وهى الشريعة العامة للبلاد ، وينبغى تطبيقها دائماً حتى يمكن توحيد هذه القوانين المتشعبة المتضاربة ! !

على أن تغيير الورثة لملتهم ليس بالأمر الهين . وهم بعد ليسوا فى حاجة إلى هذا التغيير . فقد قدمنا أنه حتى لو اختص القضاء الملى بنظر الوصايا ، فالواجب أن يبطل الوصية فيما زاد على الثلث أو فيما كان منها لوارث . فالخوف من التحايل على القانون لا محل له ، لأن قانونا واحداً هو الذى يطبق ، بقى الورثة على مذهبهم أو عمدوا إلى تغييره .

ويستشهد الأستاذ صليب باشا بما جاء فى كتاب الأستاذ صفوت بك (ص ٣٣ — ٣٤) وقد نقل عنه ما يأتى : « يستنتج من ذلك أن مادة الوصية من اختصاص الطوائف الإجبارى ، تحكم فيه طائفة الموصى ولو اختلفت ملة الخصوم . وحكمها الموضوعى فى أغلب قوانين الطوائف أنها مطلقة من كل قيد ، فتجوز لوارث بغير إجازة الورثة ، وتجوز بأكثر من الثلث » .

ولكن الأستاذ صفوت بك يستمر قائلا : « إلا أنها تخضع فى مصر لهذين القيدين ، فلا تكون لوارث ، ولا تنفذ بأكثر من ثلث مال الموصى بغير أجازة باقى الورثة . ولو أن أغلب مجالس الطوائف تتجاوز عن هذين الشرطين اعتمادا على نص المنشور الصادر من الباب العالى فى ١٣ جمادى آخر سنة ١٣٠٨ (٣ فبراير سنة ١٨٩١) إلى طائفة الروم الأرثوذكس بالاستانة الذى جعل لهذه الطائفة وحدها حق الحكم فى أمر الوصية بلا قيد ولا شرط ، والمقال بأنه عمم لسائر الطوائف خطأ بمنشور ١٩ شوال سنة ١٣٠٨ (مايو

سنة ١٨٩١) كما سبق شرح ذلك . وهذه وجهة نظر خاطئة » .

فينقل الأستاذ صليب سامى باشا ما يؤيد وجهة نظره ، ويغفل ما يعارضها ، مع أن صفوت بك انضم فى نهاية الأمر إلى رأى محكمة النقض وأورد أسباب حكمها مؤيدا لها دون أى تحفظ .

١٢٤ — *السبب الرابع* : يقول الأستاذ صليب سامى باشا فى السبب الرابع : « إن القوانين الصادرة بتشكيل المجالس الملية لم تشترط فى اختصاصها بالوصية اتحاد ملة الخصوم كما اشترط ذلك المحرر السامى الصادر فى ٣ فبراير سنة ١٨٩١ : وكل ما نص عليه فى المادة ٢١ من قانون سنة ١٩٠٢ والمادة ١٦ من قانون سنة ١٩٠٥ أن اختصاص المجلس لا يتناول أى مادة من المواد التى لا يمكن الفصل فيها إلا بإحضار أشخاص غير إنجيليين ، أو من غير الأرمن الكاثوليك ، بصفة خصوم فى الدعوى » .

وهذا القول لا يتفق مع النصوص الصريحة التى وردت فى القوانين الصادرة بتشكيل المجالس الملية . فقد رأينا أن دكريتو سنة ١٨٨٣ الخاص بالأقباط الأرثوذكس يقول فى وضوح تام أن الدعاوى التى ينظرها المجلس الملى هى التى تقوم ما بين أبناء الملة ، ومعنى ذلك وجوب اتحاد الملة حتى يكون القضاء الملى مختصا . وكذلك يقول دكريتو سنة ١٩٠٢ الخاص بالانجيليين ودكريتو سنة ١٩٠٥ الخاص بالأرمن الكاثوليك أن الدعاوى التى ينظرها المجلس الملى هى التى تقوم ما بين الانجيليين أو بين الأرمن الكاثوليك من المصريين . ويزيد هذان التشريعان الشرط القاضى بعدم إحضار خصم من

غير أبناء الملة فى القضية . وهذا الشرط هو الذى يشير إليـه الأستاذ صليب سامى باشا ، ويعتبره الشرط الوحيد ، ثم يفسره تفسيرا غريبا فيقول : « لم يأت الشارع بهذا النص عفوا ، لأن من مسائل الأحوال الشخصية كما قدمنا ما يتعلق الاختصاص فيها بأشخاص الخصوم كالزواج والطلاق ، ومنها ما يتعلق الاختصاص فيها بشخص المدعى عليه كدعوى النسب ، أو بشخص المورث أو الموصى كدعوى الارث ودعوى الوصية » .

هذا التفسير غريب . فأن جميع القضايا — الزواج والطلاق والنسب والإرث والوصية — يتعلق الاختصاص فيها بأشخاص الخصوم جميعا لا بشخص خصم دون آخر . فدعوى النسب إذا كانت مرفوعة من الابن على أبيه ، تحدد الاختصاص الداخلى ، بالنسبة لمحاكم الأحوال الشخصية ، حسب ما إذا كان الطرفان من ملة واحدة أو من ملتين مختلفتين . ففى الحالة الأولى يكون الاختصاص للمجلس الملى ، وفى الحالة الأخرى يكون للمحاكم الشرعية . وأما ما جاء فى المادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائى الملحق باتفاقية مونتريه من أن قانون الأب هو الواجب التطبيق ، فهذا إنما يكون فى حالة التنازع الدولى ما بين القوانين كما قدمنا . وكذلك الأمر فى دعاوى الميراث والوصية .

ويبدو الأمر أشد غرابة إذا تتبعنا الأستاذ صليب سامى باشا فى تتمة بحثه . فهو يقول : « ومحل البحث هل يمكن الفصل فى دعوى الوصية دون إحضار أشخاص بصفة خصوم فى الدعوى أم لا » .

وجه الغرابة فى هذا القول أن الأستاذ الكبير يتساءل هل يمكن أن تقوم دعوى الوصية ولا يكون فيها إلا طرف واحد هو الموصى له ، فلا يقتضى الأمر إدخال الورثة خصوما فيها ؟ ويجيب الأستاذ على هذا السؤال بالإيجاب على التفصيل الآتى :

« النزاع لا يخرج عن أن يكون طعنا فى صحة الوصية شكلا أو موضوعا . أما شكلا فالوصية تصبح صحيحة بمجرد التصديق عليها من المجلس الملى » .

ولكن هل هذا يعنى أن النزاع لا يقوم أبدا على الشكل ؟ من المحقق أن النزاع على الشكل قد يقوم . فاذا قام يكون ذلك بين الورثة والموصى له ، وعندئذ ترفع دعوى يكون الخصوم فيها هم هؤلاء جميعا ، فلا بد إذن من دخول الورثة خصوما فى الدعوى ولا يمكن تجنب ذلك بتاتا . وعندئذ يجب البحث فى اتحاد ملة الخصوم أو اختلافها .

ويواصل الأستاذ صليب سامى باشا بحثه فيقول :

« وأما موضوعا فلا تخلو الحال من أن يكون الخلاف على أحقية الموصى له فى الوصية ، أو على تعيين نصيبه فيها . ولا شك أن قانون الإنجيليين يسمح للموصى بأن يوصى بكل ماله لمن يشاء متى شاء ، كما لا شك أن الموصى به معين دائما فى الوصية . ومتى كان الأمر كذلك ، انتفى كل نزاع وانتفت كل خصومة » .

أليس هذا القول غريبا حقا !! ليعذرنا الأستاذ الجليل صليب سامى باشا ونحن ممن يقدرون فيه دقة البحث وسعة الاطلاع ، إذا لم نتمالك عن إبداء هذه الملاحظة . إذا كان قانون الإنجيليين يسمح للموصى بأن يوصى بكل ماله

وكان الموصى له معينا دائما فى الوصية ، فهل هذا معناه أن ينتنى كل نزاع ، وتنتنى كل خصومة ؟؟ ولماذا تنتنى ؟ وهل انتفت الخصومات فى المسائل الاخرى ، وحكم القانون فيها واضح وضوحه فى هذه المسألة ؟ هذا هو قانون الإنجيليين صريح ، كما يقول الأستاذ صليب سامى باشا ، فى أن للموصى أن يوصى بكل ماله . ولم يمنع هذا الوضوح المطعون ضده فى هذه القضية من أن ينازع الورثة فى صحة الوصية التى صدرت من الموصى ، ومن أن يكسب دعواه ، لأنه أولا من ملة غير ملتهم ، ولأنه ثانيا حتى لو كان من ملتهم فإن الواجب هو تطبيق حكم الشريعة الإسلامية فى الميراث فلا تجوز الوصية لوارث .

فكيف يمكن مع كل هذا أن يقول الأستاذ الكبير : « وإذن لا يصح القول بأنه لا يمكن الفصل فى مادة الوصية بطريقة صحيحة دون إحضار الورثة بصفة خصوم فى الدعوى » والأستاذ يعلم أن الدعوى لا تقوم إلا بين خصمين ، وأن الخصوم الطبيعيين فى دعوى الوصية هم الورثة بالذات !

ونزداد استغرابنا عند ما يعقد الأستاذ مقارنة بين الإرث والوصية فيقول : « وليس حكم الارث حكم الوصية فى هذا الموضوع . لأن النزاع فى التركة قد يقوم على من يرث ومن لا يرث ، بينما لا يمكن أن يقوم هذا النزاع فى الوصية ، لأن الوصية تعين الموصى لهم بالذات ، ولأن النزاع قد يقوم على حصص الورثة بينما تنصب الوصية دائما على حصص الموصى لهم . وأخيراً لأن الاختصاص فى دعاوى الإرث دون دعوى الوصية منوط باتفاق الورثة ، فلا بد من إدخالهم فى الدعوى لإثبات قيام هذا الاتفاق أو عدم قيامه » .

أمن أجل أن الوصية تعين الموصى لهم بالذات، وتحدد الحصص الموصى بها، لا يمكن أن يقوم نزاع فى شىء من هذا !! النزاع يقوم — وهو قائم فعلا — فيما يتعلق بجواز الوصية لوارث، وبالقدر الذى يمكن الإيصاء به، وبغير ذلك من المسائل الأخرى، التى تقوم الأقضية بشأنها كل يوم بين الموصى لهم والورثة. وإذا كان الاختصاص فى دعاوى الإرث دون دعوى الوصية منوطا باتفاق الورثة، فليس معنى ذلك، أن صح، إن إدخال الورثة يكون لإثبات قيام اتفاقهم أو عدم قيامه، فإن الورثة لا يدخلون خصوما فى الدعوى لمجرد إثبات اتفاقهم أو اختلافهم، بل يدخلون خصوما لمناقشة حق من يدعى الوراثة مثلهم، أو حق موصى له يطالبهم بما أوصى له به. وهم فى كل ذلك الخصوم الطبيعيون فى الدعوى كما قدمنا.

ولا يصح أن يقال بعد كل ذلك أن العادة جرت « بإدخال الورثة فى دعاوى الوصية لمجرد إعلانهم بالوصية، والحكم فى القضية ولو لم يحضروا، وعدم قبول معارضتهم فى الحكم بصحة الوصية »، فإن إدخال الورثة فى دعاوى الوصية ليس هو لمجرد إعلانهم بها، بل ليناقشوا صحتها، وليبدوا ما عسى أن يكون لديهم من اعتراضات عليها. فإذا ما عارضوا سمعت معارضتهم، وقضى فيها بما يتفق مع القانون. وهذا ما يحدث كل يوم فى دعاوى الوصية. وخير دليل على ذلك القضية التى نحن بصددها، فهى قائمة بين الورثة والموصى لهم. والورثة يعترضون اعتراضا جديا على صحة الوصية، والمحكمة تجيبهم إلى اعتراضهم، وتحكم فعلا ببطلانها. . . .

وقد استشهد الأستاذ صليب سامى باشا برأى الأستاذين أبى هيف بك

وصفوت بك . وهذان الأستاذان يعتمدان على تفسير المادة ٥٥ من القانون المدنى الأهلى تفسيرا غير صحيح ، فيذهبان إلى أنها تعرض للتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية ، وهى لا تعرض إلا للتنازع الدولى ما بين القوانين كما رأينا . على أن الأستاذ صفوت بك قد انتهى رأيه إلى الأخذ بمذهب محكمة النقض وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

١٢٥ — السبب الخامس : يقول الأستاذ صليب سامى باشا فى السبب الخامس والأخير إنه « بعد صدور القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ بشأن اختصاص محاكم الأحوال الشخصية لم يعد هناك محل للاجتهاد . فما دام هذا القانون لم يشترط لاختصاص القاضى الملى بدعوى الوصية اتحاد ملة الأخصام فيها ، فلا محل لهذا الشرط » .

وقد بينا بوضوح أن هـذا القانون لا شأن له بالتنازع الداخلى ما بين قوانين الأحوال الشخصية ، حتى يشترط أولا يشترط اتحاد ملة الخصوم . فهو قانون يقر اختصاص المحاكم المصرية للأحوال الشخصية فى جملتها . كما كان الأمر فى الماضى ، بالنظر فى قضايا طائفة معينة من الأجانب ، فالأمر إذن يتعلق بالأجانب لا بالمصريين ، وبالتنازع الدولى لا بالتنازع الداخلى .

١٢٦ — وينتهى الأستاذ صليب سامى باشا إلى استعراض القضاء المصرى فى مسألة اتحاد الملة . فلا يسعفه هـذا القضاء ، وقد رأيناه زاخرا بالأحكام القاطعة فى وجوب اتحاد الملة حتى يصبح القضاء الملى مختصا . فيقتصر على الإشارة إلى أحكام نادرة شاذة قد نقضتها الغالبية الساحقة من أحكام

القضاء المصرى . يعمد إلى تجريح حكمين من هذه الأحكام الكثيرة بحجة أنهما قد صدرا فى قضيتين كان الخصوم فيهما من الروم الأرثوذكس . مع أن الذين يقولون باختصاص القضاء الملى بنظر قضايا الوصية إنما يقولون ذلك تعميما للتحرير السامى الصادر فى شأن هذه الطائفة ، وهم إذا عمموه وجب أن يعمموه بما ورد فيه من القيود ، ومنها وجوب اتحاد الملة . أما الطوائف الثلاث التى صدر بتنظيمها قوانين مصرية ، فقد رأينا قوانينها صريحة قاطعة فى وجوب اتحاد الملة حتى يكون القضاء الملى مختصا .

---

(٣)

اختلاف ملة الخصوم
فى القضية المنظورة

---

١٢٧ — وفى القضية المنظورة لاشك فى اختلاف ملة الخصوم . وقد بينت النيابة ذلك فى مذكرتها بوضوح وتفصيل تامين (انظر مذكرة النيابة ص ٩ — ص ١٠) فالموصى لهم انجيليو المذهب ، وبعض الورثة من الأقباط الأرثوذكس .

١٢٨ — والثابت من وقائع هذه الدعوى أن والد المطعون ضده — المرحوم داوود يوسف — كان قبطياً أرثوذكسيا . وولد ابنه — بولس داوود يوسف — على مذهب والده ، أى قبطياً أرثوذكسياً . وبقى الأب

وابنه قبطيين أرثوذكسيين مدة طويلة جداً إلى سنة ١٩١٣ ، حيث بلغ الأب سن السبعين والابن سن الخامسة والأربعين . ثم إذا بالأب يتزوج فى هذه السن المتقدمة من زوجة جـديدة ، بوساطة قسيس كنيسة قوص الإنجيلية الذى أصبح فيما بعد عديلا له بأن تزوج هو الآخر من شقيقة هذه الزوجة . وإذا بالأب يندمج ، بوساطة هذا القس أيضاً ، فى سلك الإنجيليين ، ويقيد فى دفاتر الـكنيسة الإنجيلية ابتداء من سـنة ١٩١٣ لا قبل ذلك . ثم يرزق من زوجته الجديدة أولاداً ، يضطهد من أجلهم تحت تأثير زوجته الجديدة ابنه الأكبر من الزوجة القديمة — بولس — ويطلب الحجر عليه ، ويحرمه من ميراثه ، بأن يوصى بجميع أمواله لأولاده من زوجته الجديدة ! !

هذه هى المأساة التى تتكرر كل يوم : الشيخ الفانى يستعيد ذكريات الشباب فى أواخر أيامه ، فيتزوج من جديد ، ويقع تحت تأثير زوجته الجديدة ، فيضطهد أولاده من الزوجة الأولى ، ثم يحرمهم من ميراثه . ومن أجل هذا قضت الشريعة الإسلامية بأن الوصية لا تجوز للوارث . . . .

١٢٩ — انخرط المرحوم داوود يوسف فى سـنة ١٩١٣ فى سلك الإنجيليين كما قدمنا ، وهو شيخ فى السبعين . أما ابنه بولس داوود يوسف المطعون ضده ، وكان إذ ذاك كهلا فى الخامسة والأربعين ، فقد بقى على مذهبه قبطياً أرثوذكسيا ، ولم يتحول عن ذلك . فالأب إذن هو الذى غيَّر مذهبه لا الابن . فإذا تمسك الابن الآن — كما كان يتمسك دائماً — بأنه قبطى أرثوذكسى ، فإنه يتمسك بمذهب ولد عليه ، ونشأ فيه ، وبقى معتنقا له ، ممارساً لطقوسه ، عضواً فى جمعياته الخيرية ، مقيداً فى جدول الناخبين

لمجلسه الملى الفرعى ، مرشحاً لعضوية هذا المجلس ، وذلك كله بشهادة المطرانية القبطية الأرثوذكسية نفسها . وقد تمسك منذ عهد بعيد — سنة ١٩٢٠ — فى دعوى الحجر التى رفعها أبوه عليه أمام المجلس الملى الإنجيلى بأنه قبطى أرثوذكسى . واعترف له هذا المجلس ضمناً بأنه غير إنجيلى حين قضى فى الوصية الأولى . وعجز الخصوم عن أن يثبتوا أن المطعون ضده قد تحول إلى المذهب الإنجيلى ، أو طلب انضمامه إلى الكنيسة الإنجيلية ، أو تعمد فيها ، أو تناول العشاء الربانى بها .

١٣٠ — وقد أثبت الحكم المطعون فيه كل هذه الوقائع بما لامزيد عليه ، إذ جاء فى هذا الحكم ما يأتى :

« على أنه علاوة على ماتقدم ، فإن المجلس الملى حين قضى فى النزاع الحاصل فى الوصيتين موضوع هذه الدعوى لم يكن مختصاً حتى بالنظر فى الأهلية والصيغة عملا بما هو وارد فى نص المادة ٢١ فقرة أخيرة من الأمر العالى الصادر فى سنة ١٩٠٢ ، لأن جميع الورثة لم يكونوا من مذهب واحد ، إذ ثبت من المستندات المقدمة من المستأنف عليه الأول أنه لا يعترف بأنجيليته ، بل دفع بعدم اختصاص المجلس الإنجيلى عند نظر النزاع ، وهو لايزال متمسكا بهذا الدفع المبنى على المستندات التى أخذت بها المحكمة الشرعية العليا فى حكمها الصادر بتاريخ ١١ مارس سنة ١٩٣٥ والمقدم بملف الدعوى » .

١٣١ — وبالرجوع إلى حكم المحكمة الشرعية العليا التى استندت إليه محكمة الاستئناف ، واتخذت أسبابه أسبابا لها ، نقرأ فيه ما يأتى :

« وحيث أن مدار الاختصاص من عدمه يرجع إلى معرفة ما إذا كان

الخصمان متحدين مذهبا فيكون نظر الوصايا من حق محكمتهما ، أو مختلفين فتسلب هذا الحق . ومن حيث أن كلا من الطرفين قدم مستندات من مصادره المذهبية ليستدل بها على مذهبه . ومن حيث أن تضارب هـذه الشهادات ، فضلا عن صدورها بتواريخ لاحقة لرفع الدعوى ، مما يضعفها ويرفع الثقة عنها . ومن حيث أنه بصرف النظر عن مذهب بولس داوود فى المـاضى ، فإنه ثابت فى حكم المجلس الملى العمومى الانجيلى فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٠ أن بولس دفع اختصاصه عنه (ارتـكانا على أنه أرثوذكسى) وهذا ثبوت رسمى على تقرير بولس أنه غير إنجيلى ، ومن هذا التاريخ تقدمت إيصالات بدفع إعانات منه لمعاهد هـذا المذهب الأرثوذكسى ، بل أدرج اسمه فى انتخابات هذه الطائفة الملية من قبل موت أبيه ، وعاد فقرر أمام المجلس الملى فى ٢٠ أكتوبر سـنة ١٩٣٣ أنه أرثوذكسى . ومن حيث أن هذه الاثباتات تفيد خروج بولس عن الأنجيلية ولم يقدم خصمه ما يدل على عودته إليها . وما قدم من شهادات زواج ابنه وبنته فيما بعد بالـكنيسة الأنجيلية لا تفيده ، إذ لا ذكر فيها لحضور بولس ولا توقيع يشتم منه رجوعه . كما أن حكم رفع الحجر عنه الصادر فى سنة ١٩٢٦ لا يدل على أنجيليته أيضاً لأنه صدر بناء على الطلب المقدم من أبيه لا بنه هو ، وأبوه يقرر فيه صلاحيته بولس لإدارة شؤونه بنفسه . فلا ينتظر إذا حضر بولس أن يقرر عكس هـذا ، وقد صدر طبقاً لرغبته التى كان ينادى بها ، ويتظلم من توقيع الحجر عليه من زمن بعيد الخ الخ » .

١٣٢ — هذا ما تقوله محكمة الموضوع . ويلاحظ إنها تقرر أن

المطعون ضده ، حتى لو فرض إنه كان إنجيليا ، فقد عاد قبطيا أرثوذكسيا . وتقدم تدليلا على ذلك أسبابا مقبولة منتجة لا تدع مجالا للشك فى أن المطعون ضده قبطى أرثوذكسى . فتكون المحكمة بذلك قد قضت فى مسألة موضوعية حكمها نهائيا لا معقب عليها فيه .

ونترك الكلمة الآن للنيابة العمومية ، وهى الطرف المحايد ، إذ تقول فى مذكرتها القيمة التى تقدمت بها فى هذه القضية (ص ١٠) :

« فالمحكمة الموضوعية استندت إلى حكم المحكمة العليا الشرعية باعتباره دليلا من أدلة الدعوى . ووازنت بينه وبين قرار المجلس الملى وهذا يندرج تحت سلطانها . ولا شبهة أنه إذا قالت محكمة ما أن شخصا ما يتبع عقيدة معينة ، واستخلصت ذلك من دلائل قدمت إليها ، ووازنت بينها وبين ما دفعت به ، فلا تثريب عليها فيما تقول . أن ذلك كله لا شأن له بالقانون ، بل هو متعلق بحاصل فهم الواقع فى الدعوى . يخلص من هذا أولا : أن الخصوم مختلفو الملة . وأن البت فى هذه النقطة بالذات بحث موضوعى بحت يتولاه قاضيه ، ولا رقابة عليه فيه ، ما دام أن الأدلة التى استند إليها تسوغه ، ولا ترفضها البداهة ، ويتقبلها العقل ، ويسوغها منطق الواقع وأمارات الدعوى » .

كلمة ختامية

وبعدُ ، فلا مصلحة لأحد — وأبناء الطوائف أنفسهم هم أول من نعني — في أن تُفصل وصايا غير المسلمين عن مواريثهم ، فتخضع المواريث لاختصاص واحد هو القضاء الشرعي ، ولقانون واحد هو الشرع الإسلامي ، بينما تبقى الوصايا حائرة بين جهات قضائية متنوعة وقوانين متضاربة متنافرة . وما دامت وصية غير المسلم لما هو قربة في دينه تبقى محترمة واجبة النفاذ ، فقد سلم بذلك كل غرض ديني يقصد إلى تحقيقه من طريق الوصية .

وليس هناك شك في أن الوصية متصلة أوثق الاتصال بالميراث ، وبينهما من العرى ما لا يمكن فصمه . فيجب أن تخضع وصية غير المسلم للمحكمة والقانون اللذين يخضع لهما ميراثه . فتتناسق الأحكام ، ويستقر التعامل ، ويطمئن كل ذي حق إلى حقه ، ولا ينفسح المجال للتحايل الذي نراه يقع كل يوم للهرب من محكمة إلى أخرى .

وللمحكمة العليا في مواريث غير المسلمين ووصاياهم سياسة واضحة النهج وطيدة الأركان . فهي تقضي بالمبادئ الآتية :

(أولا) إن المحكمة الشرعية هي المختصة إذا اختلفت ملة الخصوم (نقض ١٥ يونيه سنة ١٩٣٣ ، مجموعة أحكام النقض ١ ص ٢٣٧ — ٣ دسمبر سنة

١٩٣٦ مجموعة أحكام النقض ٢ ص ٣٢ — ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩٤٠ ص ٥٩١) .

(ثانيا) إن المحكمة الشرعية هى المختصة أيضا إذا اتحدت ملة الخصوم ولم يتراض الورثة الذين تعترف بهم الشريعة الاسلامية على قضاء ملتهم . (نقض ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة أحكام النقض ١ ص ٨١١) .

(ثالثا) إن القضاء الملى هو المختص إذا اتحدت ملة الخصوم ، وتراضت الورثة الذين تعترف بهم الشريعة الإسلامية على قضاء ملتهم . ولكن القضاء الملى يطبق أحكام الشريعة الإسلامية إلا أن تراضت الخصوم الذين هم أهل للتصرف فى حقوقهم على تطبيق قانون الملة (نقض ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة أحكام النقض ١ ص ٨١١) .

(رابعا) إن القضاء الملى إذا كان مختصا بنظر الوصايا بالنسبة لبعض الطوائف بمقتضى نصوص خاصة، فالواجب أن يطبق الحكم القاضى بأن الوصية لا تجوز إلا فى الثلث ولغير وارث . (نقض ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة أحكام النقض ١ ص ٤٥٤) .

* * *

هذه هى السياسة العليا لمحكمة النقض ، أقامت بناءها حجرا حجرا حتى ارتفع قويا شامخا . وهى لن تسمح لهذا البناء أن ينقض .

بل هى تذهب إلى أبعد من ذلك فتقول :

« وقد آن الأوان من زمن طويل لتوحيد جهات التقاضى ، بحيث ينظر القضاء بعينه فى الأحوال الشخصية لكافة المصريين من مسلمين وغير مسلمين ، كما ينظر فى الأحوال العينية . وأن كل تراخ فى تحقيق هذه الأمنية ضار أعظم الضرر بالمتقاضين ، بل وبمصالح البلاد » .

وإذا كانت المحكمة العليا لا تملك أن تشرع ، فهى تملك أن تقضى .

وقد قضت فى حدود اختصاصها . وكانت كلمتها فاصلة حاسمة .

فلنترقب ، مطمئنين ، هذا القضاء الأعلى .



